



**Centro Universitário de Brasília - UniCEUB**  
**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS**  
**Curso de Bacharelado em Direito**

**ALEXANDRE NETTO PINTO DE ABRANCHES**

**ABANDONO AFETIVO:**  
**Os fundamentos para a Responsabilidade Civil do Pai Abandonante e a Normatização**  
**da Relação Parental**

**BRASÍLIA**  
**2018**

**ALEXANDRE NETTO PINTO DE ABRANCHES**

**ABANDONO AFETIVO:**

**Os fundamentos para a Responsabilidade Civil do Pai Abandonante e a  
Normatização da Relação Parental**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para obtenção do título de Bacharel em Direito  
- FAJS do Centro Universitário de Brasília  
(UniCEUB).

Orientador: Professor Doutor Paulo Cesar  
Villela Souto Lopes Rodrigues

**BRASÍLIA**  
**2018**

**ALEXANDRE NETTO PINTO DE ABRANCHES**

**ABANDONO AFETIVO:**

**Os fundamentos para a Responsabilidade Civil do Pai Abandonante e a  
Normatização da Relação Parental**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para obtenção do título de Bacharel em Direito  
- FAJS do Centro Universitário de Brasília  
(UniCEUB).

Orientador: Professor Doutor Paulo Cesar  
Villela Souto Lopes Rodrigues

**BRAÍLIA, SETEMBRO DE 2018**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professor(a) Orientador(a)**

---

**Professor(a) Avaliador(a)**

À ela que sempre será meu norte, minha força, meu sorriso.

“É um homem sábio o que conhece a seu próprio filho”.

William Shakespeare

## RESUMO

O presente trabalho analisou a tese jurídica do Abandono Afetivo. Desde a sua alçada como tese jurídica viável, foram produzidos diversos discursos, estudos, debates, artigos, livros sobre o tema, a favor e contra a tese analisada, causando a já mencionada insegurança jurídica nos tribunais por todo o Brasil e até no próprio STJ. Com intuito de elucidar os valores, direitos, deveres e institutos atrelados ao tema, propõe-se aqui desenvolver um raciocínio histórico, jurídico e, claro, lógico de modo a expor um panorama geral dos fundamentos utilizados pelos operadores do direito. O que se alvitra nesta pesquisa não é apenas compreender a origem dos conceitos utilizados, mas as suas características, como se relacionam e se limitam e, por fim, o seu manejo pelo STJ, que tem o papel constitucional de unificar a jurisprudência nacional. A proposta da pesquisa é: a) apresentar a evolução histórica da família e das relações parentais; b) identificar e dissecar as principais normas jurídicas que compõe a relação genitor/prole; c) apresentar um panorama o abandono lato senso e entender como o Estado tem se posicionou e se posiciona sobre esse tema; d) relacionar a responsabilidade civil e o direito de família e a compatibilidade com a tese do abandono afetivo; e) utilizar a toda análise sobre os conceitos estudados para aplica-los na dissecação das decisões importantes do STJ sobre o tema. Para criar uma análise reproduzível, o autor utilizou o Método de Análise de Decisões (MAD) pensado e criado pelos professores Roberto de Freitas Filho e Thalita Moraes Lima. Com o auxílio dessa ferramenta, fez-se um desmembramento dos argumentos utilizados pelos Ministros julgadores e os conjugam com a análise de histórica, conceitual, prática e limítrofe dos conceitos relacionados ao abandono afetivo e à responsabilidade civil. O que se pode concluir dessa pesquisa é que a tese do abandono afetivo como exigência de afeto fere a dignidade dos pais ao obriga-los a provar sentimentos de afeto para com seus filhos, contudo a exigência de cuidado desses pais para que os filhos se desenvolvam dignamente é plenamente aceitável. O que leva a sugestão da mudança da denominação da tese de abandono afetivo para abandono incauto, que remete ao dever de cautela de quem tem a responsabilidade do desenvolvimento de um bem jurídico.

**Palavras-chaves:** Família. Abandono afetivo. Responsabilidade do pai. Relação parental. Afetividade. Cuidado.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ECA	Estatuto da Criança e Adolescente
CF	Constituição Federal
ONU	Organização das Nações Unidas
STJ	Superior Tribunal da Justiça
MG	Minas Gerais
REsp	Recurso Especial
SP	São Paulo
MAD	Metodologia de Análise de Decisões - MAD
RS	Rio Grande do Sul
art.	Artigo
CC	Código Civil

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA.....	15
2 AS NORMAS JURÍDICAS QUE COMPÕE A RELAÇÃO PAI E FILHO .....	21
2.1 O VALOR JURÍDICO DO AFETO.....	21
2.2 O PODER FAMILIAR NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA.....	26
2.3 A NORMATIZAÇÃO DO CUIDADO.....	34
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL PELO ABANDONO DE MENOR .....	38
3.1 OS CRIMES CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR .....	39
3.1.1 Abandono Material .....	40
3.1.2 A entrega do filho menor à pessoa inidônea.....	41
3.1.3 O Andono Intelectual.....	43
3.1.4 Abandono Moral.....	44
3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ABANDONO DO FILHO PELO PAI.....	45
3.2.1 Análise do Ato Ilícito no Abandono Afetivo.....	48
3.2.2 A conduta culposa do pai abandonante .....	51
3.2.3 O Nexo da Causalidade entre o Abandono do Pai e o Dano sofrido pelo Filho .....	56
3.2.4 O Dano decorrente do Abandono .....	57
4 A ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO ABANDONO AFETIVO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	64
4.1 ANÁLISE DO RESP 1.159.242/SP .....	66
4.1.1 Conexão Fático da Decisão .....	67
4.1.2 Os Fundamentos da Decisão.....	68
4.2 ANÁLISE DO RESP 1.579.021/RS.....	73
4.2.1 Contexto Fático da Decisão.....	74
4.2.2 Os Fundamentos da Decisão.....	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	82
REFERÊNCIAS .....	89



## INTRODUÇÃO

A abordagem da tese jurídica do Abandono Afetivo não é novidade no ordenamento jurídico, contudo, em razão das suas peculiaridades, ainda é objeto de muita controvérsia e equívocos. A primeira grande decisão sobre o Abandono Afetivo se deu em 2005 em acórdão prolatado pela Quarta Turma de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que ao julgar o pai, que não teve nenhuma relação e interesse na criação de seu filho, considerou que não seria possível normatizar o amor e que, portanto, não havia obrigação de indenizar o filho abandonado afetivamente. Em 2012, a Terceira Turma de Direito Privado do STJ entendeu que no Direito de Família existe dever jurídico de cuidado do genitor para com sua prole e condenou um pai que havia negligenciado a criação de sua filha ao pagamento de compensação monetária pelo dano moral ocasionado. Desde então, o STJ se dividiu em dois entendimentos diversos.

Essa pesquisa parece ter especial importância social, política, acadêmica e judicial por analisar não só a família, que é célula primordial da sociedade segundo a própria constituição, mas também por jogar luz no caos sobre o modo que os conceitos jurídicos estão sendo manejados pelos operadores do direito em geral nos casos referentes ao abandono afetivo. O melhor entendimento sobre a matéria e do estado da arte sobre a controvérsia ajuda a combater a absoluta insegurança jurídica que o abandono afetivo tem causado nos tribunais brasileiros.

Desde a sua alçada como tese jurídica viável, foram produzidos diversos discursos, estudos, debates, artigos, livros sobre o tema, a favor e contra a tese analisada, causando a já mencionada insegurança jurídica nos tribunais por todo o Brasil e até no próprio STJ. Com intuito de elucidar os valores, direitos, deveres e institutos atrelados ao tema, propõe-se aqui desenvolver um raciocínio histórico, jurídico e, claro, lógico de modo a expor um panorama geral dos fundamentos utilizados pelos operadores do direito. O que se propõe nesta pesquisa não é apenas de compreender a origem dos conceitos utilizados, mas as suas características, como se relacionam e se limitam e, por fim, o seu manejo pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem o papel constitucional de unificar a jurisprudência nacional.

O objetivo principal é responder à questão norteadora desta pesquisa: como eles são manejados os dos fundamentos jurídicos relacionados ao abandono afetivo pelos Ministros do STJ?

Os objetivos específicos são:

- Entender a evolução do conceito jurídico de família;
- Esmiuçar os principais institutos jurídicos advindos dessa evolução e que são utilizados pelos operadores do direito para caracterizar ou afastar a tese do abandono afetivo;
- Fazer um panorama sobre o abandono de menor e como ele foi encarado pelo Estado no passado e no presente;
- Conjuguar os institutos jurídicos analisados com os pressupostos da responsabilidade civil, fazendo uma análise crítica das dificuldades que os casos concretos trazem para a sua caracterização;
- Fazer uma análise das decisões do STJ que são utilizadas como precedentes por suas turmas julgadoras para fundamentar as decisões sobre abandono afetivo.

Para alcançar os objetivos propostos, partiu-se de um planejamento de pesquisa cujas temáticas englobam: a) apresentar a evolução histórica da família e das relações parentais; b) identificar e dissecar as principais normas jurídicas que compõe a relação genitor/prole; c) apresentar um panorama o abandono *lato senso* e entender como o Estado tem se posicionou e se posiciona sobre esse tema; d) relacionar a responsabilidade civil e o direito de família e a compatibilidade com a tese do abandono afetivo; e) utilizar a toda análise sobre os conceitos estudados para aplica-los na dissecação das decisões importantes do STJ sobre o tema.

Este trabalho encontra-se estruturado, entre a introdução e a conclusão, com a apresentação de quatro capítulos. O primeiro capítulo traz a evolução da família, analisando como foi construída a sua valoração axiológica, como se deram as mudanças de paradigmas jurídicos e o porquê que essas mudanças ainda são recebidas com dificuldades não só pelos operadores do direito, mas pela própria sociedade. O capítulo se inicia com um exercício de evolução histórica que passa desde as possíveis relações familiares na pré-história e se desenvolve com a evolução histórica que a família foi sofrendo com o passar dos séculos, de forma a demonstra como essas relações não só se alterando com o passar do tempo, mas também foram construindo a sociedade em que vivemos passando de uma sociedade absolutamente patriarcal, para uma liberal patriarcal patrimonial, chegando aos dias de hoje com uma novíssima sociedade social liberal, onde todos os membros da família possuem direitos e deveres próprios. O capítulo termina demonstrando a atual valoração dos direitos dos familiares e o declínio do poder absoluto do patriarca, de modo a apontar como essas mudanças tiveram impacto nos institutos analisados no capítulo seguinte.

O segundo capítulo se propõe a esmiuçar os valores, normas e contexto histórico dos

principais institutos relacionados ao abandono afetivo, quer seja: afetividade, poder familiar e cuidado parental. Cada um desses fundamentos jurídicos tem dificuldades próprias de interpretação e manejo pelos operadores do direito, sendo utilizados com demasiada negligência, distorcendo seus objetivos ou supervalorando seus alcances. O que se pretende nesse capítulo é apresentar o estado atual do entendimento sobre esses fundamentos, suas origens, definições e alcance, de modo a capacitar o leitor a fazer uma análise crítica destes conceitos quando manejados nas tutelas jurisdicionais.

O terceiro capítulo da pesquisa explora o abandono do menor de modo *lato senso*. Ou seja, é feita uma análise de como o Estado começou a apresentar uma preocupação com os menores abandonados, como eles eram tratados e quais eram os valores defendidos no combate ao abandono. Inicialmente, é realizada uma breve análise histórica deste fenômeno e como ele foi diagnosticado e combatido pelo Estado. O capítulo faz uma rápida análise de como o Código Penal de 1940, que foi a primeira codificação a penalizar o abandono de menor, tipificava a conduta do genitor abandonante, de modo a demonstrar quais eram os valores defendidos pela sociedade e pelo Estado para coibir o abandono material, intelectual e moral do menor. Feita essa análise de evolução conceitual quanto o abandono, o terceiro capítulo passa para o estudo da responsabilidade civil no direito de família, apontando a dificuldade e a relutância dos julgadores de aplicarem esse instituto no Direito de Família, especialmente quanto aos casos de abandono afetivo. Para melhor entender as dificuldades do manejo do instituto, a pesquisa desmembra todos os pressupostos da responsabilidade civil e aponta como cada um se relaciona com os fundamentos estudados no segundo capítulo e as dificuldades quanto a sua aplicação frente à diversidade das relações familiares e a pretensão do direito de regula-las.

O quarto capítulo da pesquisa, e último, utiliza todos os conceitos estudados e construídos para fazer uma análise crítica de como eles são manejados nas principais decisões do STJ sobre o tema. Para escolher as decisões foi feita uma análise seguindo os seguintes critérios: importância institucional (se a decisão é utilizada como paradigma em julgados posteriores), se a tese debatida pela turma se refere apenas ao abandono afetivo (não aborda o abandono material, intelectual ou a destituição do poder familiar), se a decisão apresenta argumentos relacionando todos os fundamentos estudados no segundo capítulo da pesquisa (foram excluídas todas as decisões que apenas remetem a decisões paradigmas passadas para fundamentar o provimento ou não do recurso); a atualidade da decisão (não significa que seja última decisão sobre o tema, mas a derradeira a apresentar todos os requisitos anteriores).

Para criar uma análise reproduzível, utilizou-se o Método de Análise de Decisões

(MAD) pensado e criado pelos professores Roberto de Freitas Filho e Thalita Lima. Com o auxílio dessa ferramenta, fez-se um desmembramento dos argumentos utilizados pelos Ministros julgadores e os conjugam com a análise de histórica, conceitual, prática e limítrofe dos conceitos relacionados ao abandono afetivo e à responsabilidade civil.

Para finalizar a pesquisa, foi feita uma conclusão sobre o tema, relacionando todas as informações e conceitos coletados durante o trabalho. Nessa síntese sobre os problemas analisados, foram apontados os possíveis desdobramentos que a aplicação dos conceitos estudados durante o desenvolvimento da monografia traz para o mundo jurídico e científico. Por fim, foram apontadas pesquisas futuras que se beneficiariam pelo trabalho realizado.

## 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA

A história da família confunde-se com a história da humanidade. É impossível desassociar os dois. A família é a célula social primordial de onde nasceu e cresceu a primeira civilização. Na sua origem, há controvérsia quanto à sua estrutura, as relações de poder, de parentesco e de afeto em que determinavam o convívio dessas pessoas.<sup>1</sup> Há referências sobre a organização matriarcal<sup>2</sup>, mas não há um veredito de que essa foi obrigatoriamente a forma de que a família se regia, apesar de em algum momento, devido a inúmeras guerras e infortúnios advindos de acidentes de caça levassem há escassez de homens nos agrupamentos. Consequentemente é natural que a relação biológica da mulher com seus filhos a dessem uma posição de poder na organização familiar<sup>3</sup>, dando ênfase à sobrevivência da espécie perante aos perigos da vida nômade e do mundo ancestral. Contudo não é possível afirmar que essa era a regra evolucionária da era pré-histórica<sup>4</sup>, a variedade e complexidade humana traz uma miríade de possibilidades de como as primeiras famílias se formaram, dependendo das adversidades enfrentadas por cada agrupamento nas diferentes localidades de onde habitavam. O que se pode afirmar com alguma certeza é de que havia pelo menos uma relação social entre pais e filhos, devido à própria imposição biológica da procriação.<sup>5</sup>

A partir da história clássica é possível traçar, com mais certeza, as relações familiares. A organização familiar tornou-se mais complexa e mais eficiente, permitindo o aumento do número de pessoas daquele agrupamento, havendo união de grupos familiares, a utilização de tecnologia, os inícios da autodeterminação do ser humano como entendedor dos fenômenos naturais e sociais.<sup>6</sup> Isso permitiu que dificuldades da vida natural humana fosse aos poucos diminuindo, a invenção de técnicas de agricultura, mobilização e estoque permitiram que os grupos se fixassem nas terras onde começaram os cultivos, terminando a vida nômade e começando primeiras vilas e posteriormente, das primeiras cidades.<sup>7</sup> Diante desse quadro, o modelo patriarcal de família tomou mais proeminência nas civilizações do ocidente.<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> PEREIRA, S. C. **Instituições de Direito Civil - Vol V - Direito de família, 25ª edição**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 28.

<sup>2</sup> ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Clube de Autores, 2009, p. 21.

<sup>3</sup> ENGELS, F. **Idem**, p. 22.

<sup>4</sup> PEREIRA, S. C. **Idem**, *ibidem*.

<sup>5</sup> ENGELS, F. **Idem**, *ibidem*.

<sup>6</sup> ENGELS, F. **Idem**, pp. 11-12.

<sup>7</sup> ENGELS, F. **Idem**, pp. 10-11.

<sup>8</sup> ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Clube de Autores, 2009, pp. 47-48.

Possivelmente isso se deu diante do aumento dos agrupamentos e, conseqüentemente, o maior encontro com outros grupos estrangeiros, culminando com as primeiras guerras.

Diante desse quadro, os homens passaram a ter um protagonismo maior no grupo familiar, cabendo a ele lutar para proteger a sua terra, as suas tecnologias (ferramentas) e, claro, a sua família. Aqui é possível vislumbrar o começo da preocupação com a propriedade e a relação que o pater família passou a ter como, não só protetor, mas detentor de todos esses valores, isso incluindo não só o território e suas ferramentas, mas os próprios membros familiares.

Essa máxima do poder patriarcal e do valor patrimonial fixou-se na espinha dorsal da cultura ocidental, e a todas as relações humanas passaram a orbitar esses conceitos<sup>9</sup>. Conceitos esses que permaneceram enraizados na sociedade até os dias atuais, e passaram a ter, naturalmente, repercussão na própria estrutura e relação familiar. Como dito anteriormente, o *pater* era o centro da família, era o detentor não só dos objetos, mas das pessoas que pertenciam à sua área de influência, ele era, ao mesmo tempo: líder político, espiritual e juiz da sua família<sup>10</sup>. O seu poder era hereditário, passando ao filho, normalmente primogênito, o poder e a responsabilidade sobre a família e suas posses<sup>11</sup>. Nessa época, as mulheres, assim como os filhos e filhas, passaram a ser considerada como propriedades do pater família, pertencendo-lhe até direito de vida e de morte, de impor castigo e de alienar os membros familiares.<sup>12</sup> Como avanço civilizacional, a relação de dominação expandiu da esfera biológica e o patriarca passou a ter domínio sobre outras famílias como proprietário de todas as pessoas que compunham seu território.<sup>13</sup> Por conseguinte figura do *pater familias* familiar, tornou-se uma autoridade disseminada por uma hierarquia social restrita, que espelhava a hierarquia familiar *stricto sensu*. O Príncipe tinha domínio de todos os aristocratas pertencentes ao seu território, que tinham domínio de seus vassalos, e assim descendo a escada hierárquica até chegar ao chefe de família, que detinha o domínio sobre sua família biológica.

Na era clássica, o Direito se preocupou em resguardar o poder do *paterfamilia* e na manutenção de sua propriedade.<sup>14</sup> O Direito Romano, que é a base do Direito Civilista da maioria das sociedades ocidentais, era fortemente entrelaçado com esses conceitos. Contudo,

---

<sup>9</sup> ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Clube de Autores, 2009, p. 78.

<sup>10</sup> PEREIRA, S. C. **Instituições de Direito Civil - Vol V - Direito de família, 25ª edição**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 30.

<sup>11</sup> ENGELS, F. *Idem*, p. 58.

<sup>12</sup> PEREIRA, S. C. *Idem*, p. 29.

<sup>13</sup> ENGELS, F. *Idem*, p. 25.

<sup>14</sup> ENGELS, F. *Idem*, p. 58.

com a expansão do Império e o aumento da complexidade da sociedade romana, essas regras começaram a ser relativizadas; a especialização que os indivíduos romanos passaram a ter devido à complexidade da sociedade começaram a fazer pressão para a criação de mais direitos individuais, dando mais liberdade aos membros familiares para seguir carreiras não só militares, mas intelectuais, artísticas ou públicas.<sup>15</sup> Passou-se a haver mais distribuição de bens, com a possibilidade de os filhos adquirirem bens, e a união de patrimônios diante do casamento.

Com a cristianização do Império Romano, o Direito de Família romano passou por transformações que tiraram ainda mais a autoridade do *paterfamilia*, o monopólio da instrução, da propriedade e da centralidade como figura principal passou a ser dividida com os líderes religiosos, que começaram a se tornar uma casta a parte, principalmente com a ascensão da igreja católica romana.<sup>16</sup> E, apesar, da relação familiar ainda permanecer fortemente ligada ao patriarca, a *caridade cristã* trouxe novos direitos aos outros membros da família por trazer maior proteção ao “bom cristão”, independentemente da sua filiação. A frente desses acontecimentos, aos poucos o poder do patriarca foi sendo disseminado entre os outros membros familiares e instituições como a Igreja.<sup>17</sup>

Durante a Idade Média a estrutura familiar permaneceu praticamente a mesma da do final da Idade Clássica. Os valores cristãos nortearam as relações familiares por todo esse período, tendo ainda como máxima o poder do patriarca, a exclusão das mulheres da vida civil, e a proteção do patrimônio.<sup>18</sup> Isso só começou a ter as primeiras mudanças com movimentos como o Iluminismo e a Revolução Francesa.<sup>19</sup> Em verdade o Poder do Patriarca nesse tempo não era disseminado, ele era quase que absolutamente concentrado na figura do feudal<sup>20</sup>. Ele, como nos meados da Idade Clássica, era o detentor da vida de todos os membros de seu feudo, sendo, por exemplo, só ele capaz de permitir o casamento entre os seus servos, havendo inclusive a famosa regra da primeira noite, da qual após o casamento, o senhor feudal detinha o direito de ter a noite de núpcias

com a esposa recém-casada. É preciso ressaltar que o senhor feudal não só detinha monopólio da autoridade do seu feudo, mas de toda a sua produção e bens de seus vassalos

---

<sup>15</sup> PEREIRA, S. C. **Instituições de Direito Civil - Vol V - Direito de família, 25ª edição**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 30.

<sup>16</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>17</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>18</sup> JÚNIOR, H. F. **A Idade Média: nascimento do ocidente**. 2ª. Ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

<sup>19</sup> DA SILVA, V. A. **A evolução dos direitos fundamentais**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2005, 541-558.

<sup>20</sup> JÚNIOR, H. F. Idem.

também, podendo ser confiscados a qualquer momento.<sup>21</sup>

Essa percepção começou a ter uma mudança de perspectiva com o aumento do comércio (Revolução Industrial) e a ascensão da classe burguesa, que apesar dos confiscos e da autoridade máxima do senhor feudal, conseguiram acumular riquezas e, conseqüentemente, influência política na sociedade europeia<sup>22</sup>. Essa perspectiva começou a tencionar as elites medievais à ou dar mais direitos individuais aos membros alheios ao núcleo de poder (Carta Magna Inglesa) ou de enfrenta-los em aberta guerra sobre a hegemonia política (Revolução Francesa), o enfraquecimento do domínio da igreja católica, resultando em diversas alterações dos direitos individuais na Europa, principalmente os garantidores da propriedade individual e liberdade de iniciativa.<sup>23</sup> É importante frisar que, apesar da elite europeia começar a alterar sua visão quanto à autoridade do Príncipe e ao monopólio da igreja sobre os ditamos morais. A proteção do patriarcado e do patrimônio continuou quase inalterada, excluindo as mulheres da vida civil e focando na família quase como instrumento de transmissão de bens do pai para os filhos.<sup>24</sup>

Em alguns países europeus como Portugal e Espanha, a ascensão burguesa foi contida a ponto de se abortar as revoluções ou alterações políticas que a classe burguesa impôs a países como França e Inglaterra.<sup>25</sup> Mantendo o monopólio da político-social com a monarquia desses países. Fato que teve profundas repercussões em suas futuras e atuais colônias, trazendo a elas a mesma estrutura feudal, institucionalizada e concentrada na figura do Rei e de seus representantes. Atrasando a implantação dos direitos individuais em territórios pertencentes a esses países, vindo eles a ganhar traços de reconhecimentos muito tempo depois de que foram consolidados em outros países.

Naturalmente foi o que aconteceu no Brasil na época de sua colonização, o bandeirante, capitão, senhor de engenho, que detinha monopólio da autoridade<sup>26</sup> (subordinado apenas ao Rei) sobre um vasto território detinha a propriedade sobre sua produção e sobre as pessoas que o compunham, incluindo sua própria família.<sup>27</sup> Sendo ele a autoridade que determinava o destino de seus membros familiares e das pessoas que compunham seu

<sup>21</sup> JÚNIOR, H. F. **A Idade Média: nascimento do ocidente**. 2ª. Ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

<sup>22</sup> HOBSBAWM, E. **A era das revoluções: 1789-1848**. São Paulo: Paz e Terra, 2015, pp. 15-16.

<sup>23</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>24</sup> ALVES, L. B. (2007). **O reconhecimento legal do conceito moderno de família - O art. 5º, II e Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 Lei Maria da Penha**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 329-347.

<sup>25</sup> HOBSBAWM, E. Idem, p 16.

<sup>26</sup> VIANA, R. G. **Evolução Histórica da Família Brasileira**. In: R. d. (Coord.), *A Família na Travessia do Milênio* (pp. 325-332). Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000.

<sup>27</sup> CORRÊA, M. **Repensando a família patriarcal brasileira**. Cadernos de Pesquisa, São Paulo (37): 5-16, Mai. 1981.



território, sendo não só os escravos e familiares, mas também os comerciantes e profissionais liberais e gravitavam à volta de suas terras.<sup>28</sup>

A estrutura familiar brasileira, que ainda tinha como fundamento o patrimônio, a hierarquia familiar pelo patriarcado e o matrimônio permaneceu até meados da Idade Moderna, em especial a segunda metade do Século XX.

A crise do Estado Liberal, que começou no início do Século XX e ganhou força após as Grandes Guerras, impulsionou uma série de mudanças sociais, tirando de cena o Estado Liberal e dando espaço ao Estado Social ou *Welfare State*.<sup>29</sup> Dentre os institutos que sofreram mais mudanças, a família e sua estruturação merece destaque. No Código Civil de 1916 somente era considerado Família propriamente dita a relação originada do matrimônio, era um conceito fechado em si mesmo, os filhos nascidos fora da família “legítima” (frutos das *justas nupcias*) não podiam ser legitimados e ficavam excluídos das responsabilidades parentais assim como do Direito de Sucessão<sup>30</sup>, perante esse quadro, pode-se dizer que a família do final do século XIX e início do século XX eram fundados nas mesmas máximas que perduraram desde a idade média, quer seja o Patriarcado, o Patrimônio e o Matrimônio<sup>31</sup>. Esses institutos começaram a fraquejar diante das mudanças sociais vividas no país e no mundo a partir da segunda metade do século XX, que, pautada nos Direitos Humanos, mas principalmente os Sociais<sup>32</sup>, e com o enfraquecimento do Estado Liberal, começou a apresentar avanços na igualdade de gênero<sup>33</sup> (Poder de voto conferido às mulheres em 1932, o Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121/62 e a Lei da Separação, Lei 6.515/77), com os avanços sociais o Estado passou a ter mais influência na família, diminuindo o poder do pater famílias e da religião católica na sua composição.

Essa evolução social resultou em uma mudança na própria estrutura familiar, alterando os conceitos seculares de família. O número de filhos passou-se a ser cada vez menor, a mulher passou a ter mais igualdade e independência perante o marido e a própria sociedade, as pessoas passaram a se casar mais tarde e cada vez menos.<sup>34</sup> Essas mudanças culminaram

<sup>28</sup> CORRÊA, M. **Repensando a família patriarcal brasileira**. Cadernos de Pesquisa, São Paulo (37): 5-16, Mai. 1981.

<sup>29</sup> LÔBO, P. L. **Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000.

<sup>30</sup> ALVES, L. B. **O reconhecimento legal do conceito moderno de família - O art. 5º, II e Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 Lei Maria da Penha**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2007, pp. 329-347.

<sup>31</sup> LÔBO, P. L. Idem.

<sup>32</sup> DORNELLES, J. R. **A internacionalização dos direitos humanos**. Revista da faculdade de direito de Campos, 2004, pp. 177-195.

<sup>33</sup> DUARTE, C. L. **Feminismo e literatura no Brasil**. Estudos avançados, v. 15, n.49, 2003, pp. 157-172.

<sup>34</sup> Idem, ibidem.

com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe expressamente em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, mudando o foco das relações sociais de eminentemente individual e patrimonial para social e solidário.<sup>35</sup>

Com a Constituição, o caráter solidário da família passou a ganhar espaço na legislação, assim como a igualdade material de seus membros. O foco passou da hierarquia familiar para a solidariedade familiar, a interação afetiva ganhou força e passou a ser determinante para caracterizar os elos e a responsabilidade familiar, com uma preocupação crescente da Dignidade de todos os seus membros.<sup>36</sup> Esse fenômeno alterou o requisito jurídico da formação familiar, dispensando o ato formal do casamento e a interação biológica e exigindo apenas o vínculo afetivo, tornando-se um vínculo fático.<sup>37</sup> Isso levou à possibilidade do reconhecimento das famílias homoafetivas, monoparentais, à equiparação das uniões estáveis com o casamento, assim como ao reconhecimento do parentesco socioafetivo.

Deveras, a Constitucionalização do Direito Civil levou a alterações profundas no Direito da Família, um dos institutos que mais sofreu mudanças fáticas, doutrinárias e legislativas<sup>38</sup>, embora o Código Civil de 2002 ainda mantenha uma grande parte de seu ordenamento voltada aos conceitos antigos, como casamento, regime de bens, bem de família, alimentos, tutela e curatela, entre outros.<sup>39</sup> Ele também reconheceu, em seu artigo 1593, outras formas de parentesco, como o por afinidade ou socioafetivo. É notória a mudança axiológica do instituto familiar moderno, tendo, deixando de ser pautada apenas na proteção do patrimônio, do patriarcado e da religião, mas estruturada na dignidade, liberdade e igualdade de seus membros, assim como na afetividade e na solidariedade familiar.

---

<sup>35</sup> ALVES, L. B. **O reconhecimento legal do conceito moderno de família - O art. 5º, II e Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 Lei Maria da Penha**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2007, 329-347.

<sup>36</sup> ALBUQUERQUE, F. S. **Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002**. Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2004, pp. 161-179.

<sup>37</sup> ALVES, L. B. Idem.

<sup>38</sup> COSTA, J. **Paternidade Socioafetiva**. Revista Jurídica, v. 13, n. 26, 2009, pp. 127-140

<sup>39</sup> ALVES, L. B. Idem.

## 2 AS NORMAS JURÍDICAS QUE COMPÕE A RELAÇÃO PAI E FILHO

É verdade que as normas jurídicas no direito de família sofrem de um paradoxo, de um lado há normas modernas, pautadas nos Princípios Fundamentais trazidos pela Constituição de 88 (ECA, Estatuto do Idoso, Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei Maria da Penha), enquanto há normas que permaneceram predominantemente conservadoras (Código Civil de 2002). Em razão dessa dicotomia, há confusão como os novos princípios são aplicados nas relações entre pai e filho, sendo biológico ou mesmo por afetividade. É preciso fazer um panorama de como os novos conceitos (afetividade e cuidado familiar) são aplicados na norma jurídica brasileira, assim como eles se relacionam com os princípios mais conservadores.

### 2.1 O VALOR JURÍDICO DO AFETO

Para a compreensão sobre o abandono afetivo é preciso entender como a norma jurídica lida com os componentes dessa tese. Portanto, se torna imperioso determinar como o afeto é caracterizado pelo ordenamento, para que se vislumbre se o termo utilizado é o correto para determinar a pretensão de compensação por danos morais, e se o é, o seu por que.

O afeto ganhou novas proporções axiológicas após a introdução dos conceitos trazidos pela Constituição Federal de 88.<sup>40</sup> Pautada no Princípio da Dignidade Humana e na Solidariedade, a Constituição<sup>41</sup> valorou conceitos sociais e libertários como Direitos Fundamentais, a serem observados em toda a ordenação jurídica brasileira, sendo inclusive, guia para as próprias determinações de seu texto.<sup>42</sup> Em seu Capítulo VII, a constituição teve cuidado especial com a família e seus membros, visando a sua proteção, sua dignidade e a solidariedade familiar.<sup>43</sup> Na perspectiva infraconstitucional, se observa essa mudança paradigmática nos Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), do Idoso, e da Pessoa com Deficiência e em leis como a do Divórcio e a Lei Marinha da Penha. Nelas, fica é possível

<sup>40</sup> SIMÕES, T. F. **A família afetiva: o afeto como formador de família**. IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, v.24, 2007.

<sup>41</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Título I; Art. 1º, Inc. II; Art. 3ª, Inc. I. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

<sup>42</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto **Princípio da solidariedade familiar**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, 2007, pp. 144-159.

<sup>43</sup> BRASIL. Idem. Título VII; Arts. 226, 227, 229 e 230. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

observar a positivação dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade, da Igualdade e da Solidariedade.<sup>44</sup>

Para uma melhor visualização desse fenômeno, o quadro a seguir mostra como esses princípios influenciaram a legislação do ECA:<sup>45</sup>

	Dignidade da Pessoa Humana	Liberdade	Igualdade	Solidariedade
ECA	Arts. 3º, 7º, 17, 18 e 18-A, 94, Inciso IV; 100, § Único, I;	Arts. 3º; 15; 16; 25, § Único; Art. 53, Inciso I; 75; 100, § Único, Inciso IV e V; 106 e seguintes.	Arts. 3º § Único, 20; 75; 141	Art. 4º; 18, 19; 22, § Único; 70; 98, Incisos I

Como se pode observar, os Direitos Fundamentais tiveram uma forte influência no legislador na elaboração desse estatuto, garantindo à criança e ao adolescente a aplicabilidade desses conceitos constitucionais, não só no âmbito familiar, mas perante a própria sociedade. Alguns autores consideram que essa mudança axiológica representa o reconhecimento de novos princípios jurídicos que devem ser aplicados nessas relações, o Princípio do Melhor Interesse da Criança<sup>46</sup>, o Princípio do Cuidado<sup>47</sup> e por fim, e alvo de análise deste subcapítulo, o Princípio da Afetividade.<sup>48</sup>

O afeto como valor jurídico, não possui uma definição precisa, havendo inclusive discussão se deve receber o status de princípio jurídico<sup>49</sup>. Tem-se que o afeto é o elo que une os laços familiares, de amor e cumplicidade e solidariedade entres seus membros, ou seja, utilizando os Princípios Constitucionais, o princípio da afetividade é a proteção da relação humana, pautada na empatia e reciprocidade positiva (Solidariedade) da qual deve ser livremente aceita pelas partes (Liberdade); vedada qualquer preconceito étnico, cultural ou

<sup>44</sup> PEREIRA, S. C. **Instituições de Direito Civil - Vol V - Direito de família, 25ª edição**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 41.

<sup>45</sup> BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm)>. Acesso em: 10 ago 2018.

<sup>46</sup> PEREIRA, T. d. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança: da Teoria à Prática**. In: R. d. PEREIRA, A. *Família na Travessia do Milênio* (pp. 215-234). Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000.

<sup>47</sup> TUPINAMBÁ, R. C. **O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, **O Cuidado como Valor Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 357-379.

<sup>48</sup> CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

<sup>49</sup> Idem, ibidem.

social (Igualdade), de forma a ser deve ser respeitada por todos (Dignidade da Pessoa Humana).<sup>50</sup> Esse conceito, segundo Ricardo Calderón, tem dupla face: uma para criar elos familiares pela afetividade, baseado no Art. 1.593 do Código Civil,<sup>51</sup> e a outra com a função de dever jurídico<sup>52</sup>. Contudo, o Código Civil de 2002 trouxe poucos avanços no conceito da nova família, apesar do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, manteve-se silente quanto à função de dever jurídico do afeto, principalmente correlacionado ao poder familiar. O código manteve seu foco principalmente no patrimônio, no matrimônio e nas relações biológicas.<sup>53</sup>

Diante dessa contradição apresentada no Código, extrai-se que não houve uma aceitação incondicional da afetividade no ordenamento jurídico e que, portanto, a relação de parentesco não está unicamente relacionada à percepção de amor, carinho ou afeto entre duas pessoas, mas a preceitos mais concretos.<sup>54</sup> Esse raciocínio dificulta a aplicação da face obrigacional do princípio da afetividade, e impõe limites para sua utilização como instrumento de reconhecimento de vínculo familiar. Em outras palavras, exige-se dos operadores do direito a aplicação do conceito de afetividade da forma mais objetiva possível.<sup>55</sup>

Portanto, os operadores do Direito têm manejado esse princípio com cuidado, para não banalizar as relações familiares genuínas. Para não possibilitar que relações de forte amizade sejam consideradas como relações familiares, gerando, inclusive, possíveis reflexos no direito sucessório. Contudo, é uma ferramenta importante para garantir que a nova visão axiológica do afeto permita que famílias de fato sejam protegidas pelo ordenamento jurídico, e que sejam cada vez mais reconhecidas nas suas peculiaridades.<sup>56</sup>

Diante dessa dificuldade de se utilizar, objetivamente, o princípio da afetividade, têm-se mostrado um desafio para esses mesmos operadores para determinar os seus limites.<sup>57</sup> Ao

---

<sup>50</sup> CALDERON, R.L. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos.** Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em 10 de agosto de 2018. pp 190-192.

<sup>51</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, Lei nº 10.406/02. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo I Disposições Gerais; Art. 1593. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 10 de agosto de 2018.

<sup>52</sup> CALDERON, R.L. Idem, p. 245.

<sup>53</sup> ALBUQUERQUE, F. S. **Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002.** Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2004, pp. 161-179.

<sup>54</sup> CALDERÓN, R.L. Idem.

<sup>55</sup> CALDERON, R.L. Idem, p. 246.

<sup>56</sup> RAMOS, C. L. S. **A família constitucionalizada e pluralismo jurídico.** In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000, pp. 61-70.

<sup>57</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Repertório de Jurisprudência IOB, v.3, n.13, 2006, p. 2.

condicionar o elo familiar apenas à percepção afetiva de determinadas pessoas, traz diferenças fáticas quanto ao conceito jurídico dessa relação social. Um pai distante continua sendo pai, mesmo que seu filho não o considere assim, um amigo próximo continua sendo um amigo e não irmão ou tio ou pai. Portanto não é possível, utilizando-se apenas da afetividade determinar, objetivamente, se a relação familiar. Por essa razão esse princípio é utilizado pelos magistrados como uma das ferramentas a serem consideradas na construção de sua convicção ao observar uma situação fática real e reconhecer, ou não, uma relação parental, restringindo-se ao caráter constitucional familiar.<sup>58</sup> A afetividade possui valor jurídico nítido na legislação e na sociedade, mas ela não rege, puramente, as relações familiares.

Para demonstrar como essa dicotomia afeta a aplicação do princípio da afetividade no abandono afetivo, cabe a análise do primeiro julgado sobre abandono afetivo que chegou ao Superior Tribunal de Justiça. Ainda sobre a vigência do Código Civil de 1916 o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Cível nº 408.550-5 condenou um pai que cortou relações com seu filho após constituir nova família, seu filho foi privado do convívio familiar com seu pai a partir do nascimento de sua outra filha, fruto de outro casamento.<sup>59</sup> Acórdão, em suas partes relevantes, transcrito a seguir:

Em torno de quinze anos de afastamento, todas as tentativas de aproximação efetivas pelo apelante restaram-se infrutíferas, não podendo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai, já que este não compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura [...]

E que:

Neste contexto, ainda que pese o sentimento de desamparo do autor em relação ao lado paterno, e o sofrimento decorrente, resta a A., para além da indenização material pleiteada, a esperança que o genitor se sensibilize e venha atender suas carências e necessidades afetivas [...].

Vindo, por fim, a condenar o pai réu:

Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexo causal entre ambos.

Dessa forma, o Tribunal de Minas Gerais considerou que a afetividade é o método

<sup>58</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1328380/MS**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 21/10/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201102338210.REG>>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

<sup>59</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 408.550-5**. Apelante: Alexandre Batista Fortes, menor púbere assist. por sua mãe. Apelado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Desembargador Unias Silva. Belo Horizonte, 01/04/2004. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KnKKG52MEoEJ:www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/jurisprudencias/IELF-ACORDAO-DANOMORAL-PAIEFILHO.doc+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

para formar o laço obrigacional com seu filho. Posteriormente, pela primeira vez, o STJ, no REsp nº 757.411/MG<sup>60</sup>, já sob a vigência do Código Civil de 2002, enfrentou o tema do abandono afetivo reformou inteiramente o referido acórdão considerando que:

No caso de abandono ou descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.

E conclui que “Desta feita, escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”.

Como se pode observar das decisões apontadas, o Tribunal de Minas Gerais entendeu que o afeto é o elo que forma o laço parental, tornando-o obrigatório à relação pai/filho. Já o Superior Tribunal de Justiça considerou que não cabe o judiciário forçar o afeto de um pai ao filho, retirando-se dessa lógica a obrigatoriedade da afetividade na relação. Posteriormente o STJ veio a reconhecer o abandono afetivo, mas por fundamentos diversos e, ainda assim, o entendimento é controverso e não consolidado na corte. Posteriormente se fará uma análise da mudança de entendimento sobre o abandono afetivo e suas repercussões. O mesmo caso foi levado ao STF, mas esse Tribunal não conheceu o Recurso Extraordinário por considerar que se tratou de matéria infraconstitucional.<sup>61</sup>

O caso do abandono afetivo está em uma zona cinzenta da aplicabilidade do princípio da afetividade, uma vez que o utiliza como um dever imposto aos membros da entidade familiar<sup>62</sup>, não como uma liberdade de duas, ou mais pessoas, de formar laços familiares<sup>63</sup>. Em razão dessa característica, há teses que defendem veementemente o abandono afetivo, por proteger as partes mais carentes em uma relação familiar, assim como há quem defenda que não se pode exigir a obrigatoriedade do amor, da cumplicidade e da solidariedade mútua

<sup>60</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757411/MG**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 29/11/2005. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=09/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006)>. Acesso em: 10 set. 2018.

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº RE 567164 ED/MG**. Relator: Min<sup>a</sup>. Ellen Gracie. Brasília, 11/09/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ABANDONO+AFETIVO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j757uup>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

<sup>62</sup> DA CUNHA PEREIRA, R.; SILVA, C.M. **Nem só de pão vive o homem**. Sociedade e Estado, v. 21, n.3, 2006.

<sup>63</sup> ALBUQUERQUE, F. S. **Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002**. Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2004, pp. 161-179.

como condição *sine qua non* de uma relação familiar. Nesse contexto, em uma relação de genitor com sua prole, surgem duas indagações: a) as relações parentais de pai e filho constituídas pela afetividade podem ser destituídas pela sua falta ou termo? b) essa mesma relação, constituída biologicamente ou civilmente, deve ser obrigada a manter uma obrigação afetiva?

Para responder essas perguntas é imprescindível para entender como se dá o abandono afetivo, mas para isso é preciso analisar a aplicabilidade de outro instituto do Direito de Família, o Poder Familiar (antigo Pátrio Poder) que será debatido no próximo item deste trabalho.

## 2.2 O PODER FAMILIAR NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

O antigo Pátrio Poder recebeu mudanças significativas com o advento da Constituição de 1988. Seguindo a evolução do próprio conceito de família, houve uma evolução na forma que o Estado observava a relação entre os genitores e a sua prole.

Até o início do Séc. XX o marido, o chefe da família, detinha a concentração do Pátrio Poder, somente havendo possibilidade de ser transferido à mãe se ele falecesse<sup>64</sup>. Esse poder se confundia com a própria tradição do Patriarcado, configurando a manutenção da hierarquia familiar e a proteção dos bens patrimoniais da família, tudo sob a administração do pai. Essa configuração familiar foi sendo alterada até o final do Século, começando com o reconhecimento dos direitos das mulheres (Estatuto da Mulher Casada)<sup>65</sup> até a valoração do interesse do menor<sup>66</sup> e o seu reconhecimento como Sujeito de Direito.<sup>67</sup> Com o advento da Constituição de 88 ficou clara a não só a descentralização do poder do chefe de família, sendo o poder dividido igualmente com a mãe do filho, mas também a mudança da perspectiva do próprio pátrio poder, deixando de ter características de um poder potestativo dos pais e tornando-se um poder-dever para proteger o desenvolvimento do menor.<sup>68</sup>

Diante dessa mudança de perspectiva quanto à relação parental, o pátrio poder foi renomeado para poder familiar com a publicação do Código Civil, a fim de demonstrar a

<sup>64</sup> PEREIRA, S. C. **Instituições de Direito Civil - Vol V - Direito de família, 25ª edição**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 516-517.

<sup>65</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. Direito de Família e o novo Código Civil, v.3, 2003, pp. 177-189.

<sup>66</sup> PEREIRA, T. d. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança: da Teoria à Prática**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000, pp. 215-234.

<sup>67</sup> DOS SANTOS PONTES, L. P. **Entre o dever de vigilância e o direito à privacidade da criança e adolescente**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v.1, n. 1. 2015, p. 114.

<sup>68</sup> DOS SANTOS PONTES, L. P. Idem, p. 111.



igualdade de direitos e deveres dos pais perante seus filhos. Contudo, ainda há críticas há essa nomenclatura, uma vez que não demonstra o deslocamento do entendimento do poder familiar como uma forma predominante potestativa para um caráter obrigacional, de forma a garantir o desenvolvimento sadio do menor<sup>69</sup>. Ou seja, o deslocamento axiológico da soberania do interesse dos pais para o melhor interesse da criança e do adolescente, tornando-se um poder-dever dos pais de não só administrar a criação do filho, mas de sua responsabilidade de garantir os Direitos Fundamentais do menor (art. 227 da CF).<sup>70</sup>

Essa mudança do conceito do poder familiar veio diante das mudanças da família moderna e foi positivada no Arts. 226, § 5º, 227 e 229 da Constituição Federal<sup>71</sup>, pelo Arts. 6º, 21 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>72</sup>, e finalmente pelo Código Civil de 2002<sup>73</sup>, que reafirmou esses direitos e deveres, além de determinar como seria a sua instituição e o seu término.

O seu início, conforme surge com o reconhecimento, espontâneo ou judicial, da relação de paternidade, seja ela biológica ou civil, por meio da adoção ou o reconhecimento pela socioafetividade, também sendo tratada como posse do estado de filho.<sup>74</sup> Para esse estado de posse, a doutrina tem apontado três requisitos para a sua identificação. Sendo caracterizada a filiação, essa não pode ser revogada por arrependimento, a não ser nos casos de erro ou falsidade de registro.<sup>75</sup> Assim, fica respondida a questão: as relações parentais de pai e filho constituídas pela afetividade podem ser destituídas pela sua falta ou termo? A resposta é não, mesmo que venha a surgir animosidade entre o pai e o filho socioafetivo, sua relação parental não pode ser revogada ou extinguida, devendo ser mantido o poder familiar até que a sua extinção se resulte pelos casos previstos em lei<sup>76</sup>, e ainda assim, após a extinção do poder

<sup>69</sup> LÔBO, P.L.N. **Do poder familiar**. Direito de Família e o novo Código Civil, v.3, 2003, p. 177-189.

<sup>70</sup> ALBUQUERQUE, F. S. **Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002**. Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2004, pp. 161-179.

<sup>71</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Arts.226, § 5º, 227 e 229. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

<sup>72</sup> BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90**. Título I. Art. 6º; Capítulo III, Seção I, Arts. 21 e 22. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

<sup>73</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V Do Poder Familiar. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

<sup>74</sup> PEREIRA, S. C. **Instituições de Direito Civil - Vol V - Direito de família, 25ª edição**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 362.

<sup>75</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo II Da Filiação, Art. 1.604. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

<sup>76</sup> BRASIL. Idem. Capítulo V; Seção III Da suspensão e Extinção do Poder Familiar. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

familiar subsiste a relação parental para todos os efeitos legais.

Agora, a discursão quanto à obrigatoriedade de afetividade na relação filial cabe outro raciocínio. Para adentrá-la é preciso elencar os deveres advindos com a filiação, ou seja, os deveres decorrentes do poder familiar, e se a afetividade também entra nessa órbita obrigacional.

Sob o ponto de vista positivista, o poder familiar no Código Civil de 2002 trouxe poucas mudanças em relação ao Código de 1918, alterando-o em apenas para incluir dois pontos: a extinção e a perda do poder familiar por decisão judicial. Quanto à disposição dos bens dos filhos, essa parte foi realocada para o Título destinado ao Direito Patrimonial, apesar de ainda dizer respeito ao poder familiar.<sup>77</sup>

Diante dessa pouca mudança formal, é preciso interpretar esses artigos em conjunto com o restante do ordenamento jurídico, o primeiro, logicamente, é a própria Constituição Federal, escancarando o fenômeno da constitucionalização do Direito de Família.<sup>78</sup> As disposições constitucionais<sup>79</sup> que dizem respeito ao poder familiar são o § 7º do Art. 226, que salienta:

Fundando nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O caput do art. 227 que dita:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

E, por fim, o art. 229 estabelecendo que “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

A interpretação que se tira desses dispositivos, com enfoque nos deveres familiares e o poder familiar no âmbito constitucional, é a de que:

1- O planejamento familiar é de livre decisão de quem a administra (casal aqui deve ser interpretado em um sentido mais amplo, de modo a abarcar as famílias monoparentais e

<sup>77</sup> LÔBO, P.L.N. **Do poder familiar**. Direito de Família e o novo Código Civil, v.3, 2003, pp. 177-189.

<sup>78</sup> LÔBO, P.L.N. **Constitucionalização no direito civil**. Id/496874, 1999, pp. 104-105. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf>>. Acesso em 10 de agosto de 2018

<sup>79</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Arts.226, § 7º, 227 e 229. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

homoafetivas), contanto que se respeite a dignidade de quem por ele é administrado<sup>80</sup>, além do que o poder familiar deve ser exercido de maneira responsável, ou seja, ele é discricionário, porém encontra limites na proteção da dignidade de seus membros e no juízo de razoabilidade e proporcionalidade.<sup>81</sup>

2- O dever de garantir os Direitos Fundamentais da criança e do adolescente é compartilhado pela família, pela sociedade e pelo Estado, contudo, essa responsabilidade deve ser observada no campo que lhe compete. Como o art. 227 da Constituição a síntese do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente<sup>82</sup>, ele determina os deveres desses entes para com os tutelados pelo artigo. A responsabilidade do Estado é extensa, o Capítulo VII da Constituição traz uma extensa linha de responsabilidade do Estado, indo desde a assistência no planejamento familiar<sup>83</sup>, até a criação do plano nacional de juventude, que visa à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.<sup>84</sup> A responsabilidade da Sociedade está delimitada na proteção dos Direitos Fundamentais da criança e do adolescente, seja de forma ativa, de forma assistencial, como estímulo ao acolhimento de criança ou adolescente órfão ou abandonado<sup>85</sup>, ou de forma negativa, punindo severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.<sup>86</sup> A família ficou responsável de dar efetividade à garantia os Direitos Fundamentais da criança e do adolescente, por meio do poder familiar, utilizando-se das práticas Estatais e Sociais a fim de proporcionar uma vida digna às crianças e adolescentes integrantes do ente familiar.<sup>87</sup>

3- No artigo 229 diminui-se o escopo dos deveres, sendo objetivamente direcionado aos pais os deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, e, aos filhos maiores, posteriormente, o dever de amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Esse artigo também serve de diretriz para os deveres dos pais e de como o poder familiar deve ser

<sup>80</sup> DOS SANTOS PONTES, L. P. **Entre o dever de vigilância e o direito à privacidade da criança e adolescente**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v.1, n. 1, 2015, p. 110.

<sup>81</sup> SOBRAL, M.A. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 81, 2010.

<sup>82</sup> BARBOZA, H.H. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000, p. 203.

<sup>83</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Art. 226, § 7º. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

<sup>84</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Art. 227, § 8º, Inc. II. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

<sup>85</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; art. 227, § 3º, Inciso VI. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

<sup>86</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; art. 227, § 4º. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

<sup>87</sup> BARBOZA, H.H. Idem, pp. 205-207.

utilizado para amparar os filhos.<sup>88</sup>

No âmbito infraconstitucional, duas Leis normatizam o poder familiar, uma é o próprio Código Civil e a outra é o Estatuto da Criança e do Adolescente. A primeira apresenta um conjunto normativo curto e genérico, quanto ao poder familiar, concentrando as disposições quanto ao seu exercício em seu art. 1.634, que assim se transcreve<sup>89</sup>:

Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I – dirigir-lhes a criação e a educação;
- II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV – conceder-lhes ou negar-lhe consentimento para viajarem ao exterior;
- V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII – representar-lhes judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los;
- VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Nesse artigo, em seu inciso I é possível observar a obrigatoriedade dos pais administrarem a criação e a educação do filho, contudo o texto normativo não elenca parâmetros conceituais sobre o que seria criação e educação, ou como esses deveriam ser alcançados. Em outras palavras, o Código Civil de 2002 determina dois deveres, mas não determina os meios para atingi-los, devendo ser conjugado com os arts. 229 da Constituição e 22 do ECA.<sup>90</sup>

Nos demais incisos, o Código é mais minucioso taxando objetivamente a discricionariedade dos pais quanto ao casamento, à viagem internacional, à mudança de residência para outra cidade, à nomeação de tutor. Nos incisos (II, VII e VIII) elenca poder-deveres caso as situações fáticas, por eles delimitados, venha a se concretizar.

O inciso IX é o que melhor representa a ancestralidade hierárquica potestativa das antigas relações familiares conservadoras. Dando aos pais, não a discricionariedade, mas o poder-dever de exigir que os filhos lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. É um dispositivo um pouco paradoxal e anacrônico, uma vez que é exigida da criança e do adolescente é a educação e não serviços alheios à sua condição.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> DOS SANTOS PONTES, L.P. **Entre o dever de vigilância e o direito à privacidade da criança e adolescente**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v.1, n. 1, 2015, p. 111.

<sup>89</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V; Seção II Do Exercício do Poder Familiar; Art. 1.634. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

<sup>90</sup> DOS SANTOS PONTES, L.P. *Idem*, ibidem.

<sup>91</sup> LÔBO, P.L.N. **Do poder familiar**. Direito de Família e o novo Código Civil, v.3, 2003, pp. 177-189.

Devendo esse inciso ser apreciado com cautela, não podendo ser obrigada a criança e o adolescente à uma contraprestação pelo exercício do poder familiar exercido pelos pais. O poder de guarda merece um adendo, ele não está vinculado diretamente ao poder familiar, podendo ser exercido por outro, mesmo que não se extinga o poder familiar. Sendo dois institutos, diversos, apesar de coexistentes nos deveres que devem ser prestados em interesse dos menores.<sup>92</sup>

O ECA (Lei 8.069/90) é a outra fonte normativa que dispõe sobre o Poder Familiar<sup>93</sup> e veio dar eficácia ao art. 227, § 8º, Inciso I, da CF, (A lei estabelecerá: o estatuto da juventude, destinados a regular os direitos dos jovens), assim como ao seu art. 229.<sup>94</sup> Esse estatuto ampliou consideravelmente os deveres relacionados ao poder familiar, positivando o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.<sup>95</sup> Esse princípio em si, já era resguardado pelo ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 99.710/99 que ratificou a doutrina da proteção integral dos Direitos da Criança, aprovada pela ONU em novembro de 1989 na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.<sup>96</sup> Tendo, inclusive, forte influência sobre o texto constitucional, uma vez que o art. 227 da CF é reconhecido como a síntese dessa Convenção<sup>97</sup>. Mas foi no Estatuto que este princípio ganhou mais força, direcionando o restante do texto normativo.

Portanto, ao determinar os deveres inerentes ao poder familiar, deve-se sempre interpretá-los utilizando-se desse princípio, de modo a proteger esses sujeitos de direito<sup>98</sup>, que estão na condição peculiar de desenvolvimento. Esse Estatuto expandiu os parâmetros a serem considerados para limitar o poder familiar, que pelo Código Civil apenas determinava aos pais o dever de criação e educação<sup>99</sup>, agora concomitantemente com o ECA, passou a determinar que essa criação deva garantir os Direitos Fundamentais e o Direito à Convivência. O Estatuto elencou padrões objetivos de criação, de modo que todo ato de autoridade dos pais deva

<sup>92</sup> TEPEDINO, G. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional**. Afeto, ética, família, e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 309.

<sup>93</sup> BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90**. Título I. Art. 6º; Capítulo III, Seção I, Art. 22. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

<sup>94</sup> DOS SANTOS PONTES, L.P. **Entre o dever de vigilância e o direito à privacidade da criança e adolescente**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v.1, n. 1, 2015, p. 111.

<sup>95</sup> PEREIRA, T. D. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança: da Teoria à Prática**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000.

<sup>96</sup> BARBOZA, H.H. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000, pp. 205-207.

<sup>97</sup> Idem, Ibidem.

<sup>98</sup> BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90**. Título I. Art. 6º; Capítulo II., Art. 15. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

<sup>99</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V; Seção II Do Exercício do Poder Familiar; Art. 1.634, Inc. I. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

observar a proteção e efetivação desses Direitos<sup>100</sup>. Então, na relação parental, os pais devem mantê-los no seio de sua família, de modo a educá-los e cria-los de maneira digna e respeitosa, sempre garantindo suas liberdades, compreendidas no rol exposto pelo art. 16, sendo vedada qualquer meio de tratamento cruel, devendo ser criados e educados “sem o uso de castigo físico ou tratamento degradante, como formas de correção disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais [...]”.<sup>101</sup>

Observa-se da leitura desses artigos que o fenômeno garantista da legislação moderna em torno do poder familiar, e seu deslocamento do poder absoluto do pai para um dever garantidor da dignidade do menor.<sup>102</sup> Apesar de ainda haver discricionariedades quanto seu exercício, o Estado limitou consideravelmente seu alcance. Mas a questão que interessa quanto ao Abandono Afetivo é se esse fenômeno passou a exigir uma relação de afeto no seio familiar? Após a análise do valor jurídico do afeto, é possível inferir que o princípio da afetividade serve como meio de constituição familiar, mas quanto a sua obrigatoriedade em relação ao exercício do poder familiar sua aplicação fica nebulosa, devendo procurar a aplicação de parâmetros objetivos.<sup>103</sup>

Nas hipóteses da extinção de suspensão ou extinção do poder familiar<sup>104</sup> parece clara falta de afetividade, pois parece lógico que um pai que: a) castiga imoderavelmente o filho; b) o deixa em abandono; c) pratica atos contrários à moral e aos bons costumes; d) falta aos deveres a eles inerentes ou arruína os bens dos filhos reiteradamente; e) entrega de maneira irregular o filho para terceiro para fins de adoção. Não deve ter uma relação afetiva com seu filho, contudo isso não pode ser levado a uma presunção absoluta, uma vez que um pai pode amar seu filho, mas falhar ao ponto de pôr em risco a segurança e a dignidade de sua prole e,

<sup>100</sup> BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90**. Título I. Art. 6º; Capítulos II e III, arts. 15, 16, 17, 18, 18-A e B e 19. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm). Acesso em 10 de agosto de 2018

<sup>101</sup> BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90**. Título I. Art. 6º; Capítulos II e III, arts. 15, 16, 17, 18, 18-A e B e 19. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm). Acesso em 10 de agosto de 2018

<sup>102</sup> FERREIRA, L.A.M. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o professor: reflexos na sua formação e atuação**. 2004. Disponível em: <[https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/92222/ferreira\\_lam\\_me\\_prud.pdf?s=1](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/92222/ferreira_lam_me_prud.pdf?s=1)>. Acesso em: 10 ago. 2018, p. 78.

<sup>103</sup> CALDERON, R. L. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 ago 2018, pp. 246-247.

<sup>104</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V; Seção III Da Suspensão e Extinção do Poder Familiar; Arts. 1.635 e 1638. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

consequentemente, perder seu poder familiar sobre ele.<sup>105</sup>

Da mesma forma, um pai que não tenha nenhuma afeição por sua prole pode criá-lo de maneira exemplar, garantindo todas as necessidades expostas em lei, mantém o seu Poder Familiar intocado. Ricardo Calderón considera que nesse aspecto o afeto objetivo se distancia de seu aspecto sentimental, devendo apenas ser comprovada os parâmetros objetivos exigidos em lei<sup>106</sup>. Portanto, o sentimento de afeto não é requisito para o exercício do poder familiar. Respondendo, enfim, à segunda pergunta proposta no item anterior: “b) Essa mesma relação constituída biologicamente ou civilmente, deve ser obrigada a manter um elo afetivo?”.

Diante dessas considerações, é necessário levar em consideração o caráter punitivo da extinção do poder familiar, esse instrumento é uma punição aos pais ou um direito do filho? Essa pergunta se responde com o mesmo raciocínio utilizado na aplicabilidade da obrigatoriedade do sentimento de afetividade na paternidade. A perda do poder familiar pode ser, ou não, uma punição aos pais, dependendo do grau de afetividade para com seus filhos, mas a sua aplicabilidade resulta da aplicação do princípio do melhor interesse do menor<sup>107</sup>, que visa a cessar o comportamento lesivo dos pais independentemente do afeto parental.

Portanto, se a suspensão ou extinção do poder familiar não pode ser considerada como uma punição, é imperioso que se determine, então, qual seria a forma de punição jurídica, concreta, dos pais que não cumprem com suas obrigações legais e seus fundamentos. O direito lida com o abandono de menor com duas esferas diferentes, a civil (com a compensação por dano moral através da responsabilidade civil) e a penal (através dos tipos penais do abandono material, moral e intelectual). A Responsabilidade Civil, para Rodrigo da Cunha Pereira, seria a forma mais eficaz de compensar um menor por uma juventude prejudicada pelas ações, ou omissões, lesivas praticadas por seus pais.<sup>108</sup> Para isso é preciso determinar as características objetivas do dever do pai para com seu filho, para que não fique à discrição dos julgadores, pois a afetividade não se mostrou um instrumento hábil de demonstrar essas características, devido a sua subjetividade intrínseca. Como solução, a Terceira Turma do STJ ao julgar uma ação versada no abandono afetivo, condenou o pai abandonante a compensar sua filha pela ausência de cuidado dele para com ela enquanto

<sup>105</sup> LÔBO, P.L.N. **Do poder familiar**. Direito de Família e o novo Código Civil, v.3, 2003, pp. 177-189.

<sup>106</sup> CALDERON, R.L. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 Ago. 2018, pp 246-247.

<sup>107</sup> LÔBO, P.L.N. Idem, ibidem.

<sup>108</sup> DA CUNHA PEREIRA, R.; SILVA, C.M. **Nem só de pão vive o homem**. Sociedade e Estado, v. 21, n. 3, 2006.

menor<sup>109</sup> e não pela ausência do trato afetivo, o que retirou da equação da responsabilidade civil esse sentimento.

## 2.3 A NORMATIZAÇÃO DO CUIDADO

O cuidado é uma figura jurídica que vem ganhando força com o advento da Constituição de 1988. Pautado na dignidade da pessoa humana, o cuidado não só visa garantir que as relações humanas sejam permeadas pela cautela e pelo poder-dever de proteção do sujeito, mas também a garantia de todos os direitos a ele inerentes para seu desenvolvimento digno.<sup>110</sup>

No caso, o cuidado do menor incapaz deve ser norteado pelo art. 227 da CF<sup>111</sup>, que em sua literalidade dispõe:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Conforme pode se ver, o cuidado é o meio para se atingir um fim desejado, ou seja, a criança e o adolescente devem ser cuidados para que atinjam sua maioridade de forma digna e, portanto, qualquer conduta que resulte na violação dos direitos elencados no artigo mencionado seja punida pela violação do dever de cuidado. O art. 227 da CF discorre de forma minuciosa sobre a forma que deve ser cuidado o menor incapaz.<sup>112</sup>

O cuidado e a afetividade têm semelhanças quanto a sua aplicação e escopo, contudo eles não se confundem, sendo eles, no máximo, sinérgicos. O cuidado é mais facilmente realizado se houver uma relação afetiva entre as partes, contudo se o vínculo familiar for formado pela afetividade, o cuidado recíproco se torna um poder-dever. O cuidado é um meio de garantir o desenvolvimento com dignidade do bem tutelado é uma imposição fática de proteção ao sujeito<sup>113</sup> e, segundo o próprio art. 227 da Constituição Federal é imputável à

<sup>109</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=09/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

<sup>110</sup> ALFAIATE, A. R. **Autonomia e Cuidado**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.13.

<sup>111</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Art. 227. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

<sup>112</sup> BITTENCOURT, S. R. **O Cuidado e a Paternidade Responsável**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.46.

<sup>113</sup> TUPINAMBÁ, R. C. **O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, *O Cuidado como Valor Jurídico* (pp. 357-379). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 363.



família, à sociedade e ao Estado. Já o afeto é uma característica das relações humanas, com efeitos jurídicos. Para Ricardo Calderón, essa característica do cuidado como um dever jurídico imputado a quem tem uma relação de parentalidade seria uma faceta do princípio da afetividade<sup>114</sup>. Essa dificuldade de delimitar onde termina o cuidado e começa o afeto (e vice-versa) é levada inclusive ao próprio STJ, que, na Quarta Turma, recentemente adotou o termo cuidado afetivo para afastar a condenação por Abandono Afetivo.<sup>115</sup>

O cuidado como princípio jurídico encontra a sua efetividade, no âmbito da família, complementa o poder familiar, uma vez que o cuidado procura sanar os danos já ocorridos e prevenir os futuros<sup>116</sup> e o poder familiar visa garantir o desenvolvimento digno e seguro dos filhos.<sup>117</sup> Considerando que o cuidado é um princípio jurídico e que princípio é norma<sup>118</sup>, a não observância de suas diretrizes implica em um ilícito jurídico passível de punição.

Para tanto é preciso saber a definição de cuidado como norma jurídica e a sua aplicação. Para Leonardo Boff cuidado é:

O que se opõe ao descuido e ao descaso é o cuidado. Cuidar é mais que um ato; é uma atitude. Portanto, abrange mais que um momento de atenção, de zelo, e de desvelo. Representa uma atitude de ocupação, preocupação, de responsabilização e de desenvolvimento afetivo com o outro.<sup>119</sup>

Nota-se que o termo utilizado é o de desenvolvimento afetivo, mas não de dever afetivo. O cuidado impõe atitudes, atos reiterados e objetivos que visam, ao decorrer do tempo, desenvolver o elo afetivo. Dessa forma, a afetividade ainda é uma discricionariedade de quem deve cuidar, contudo a sua prática procura fazer florescer este sentimento de forma natural.<sup>120</sup> Nesse diapasão, o objetivo do cuidado é o de se opor ao descuido e ao descaso com o menor, fazendo prevalecer o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.<sup>121</sup>

<sup>114</sup> CALDERON, R. L. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos.** Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 ago. 2018, pp. 246-247.

<sup>115</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS.** Relator: Min<sup>a</sup>. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201600111968&dt\\_publicacao=29/11/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017). Acesso em 10 de agosto de 2018

<sup>116</sup> BOFF, L. **Justiça e Cuidado: Opostos ou Complementares?** In: T. d. PEREIRA e OLIVERIA, O Cuidado como Valor Jurídico (pp. 1-12). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 10.

<sup>117</sup> SCAFF, Fernando Campos (2010). **Considerações sobre o poder familiar.** Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Vilça Azevedo. São Paulo. Atlas.

<sup>118</sup> TUPINAMBÁ, R. C. **O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares.** In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, O Cuidado como Valor Jurídico (pp. 357-379). Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 358-362.

<sup>119</sup> BOFF, L. **Saber cuidar: ética do humano.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 34.

<sup>120</sup> SOUZA, W. O. **Responsabilidade Civil decorrente do Abandono Afetivo.** Revista Espaço Acadêmico Vol. 15 Iss 176, 53-63, 2015, pp. 57-58.

<sup>121</sup> TUPINAMBÁ, R. C. Idem, ibidem.

O cuidado já foi manejado como dever jurídico imposto ao pai, na forma de dever de criação<sup>122</sup> e de proteção dos direitos fundamentais<sup>123</sup> do menor. A ministra Nancy Andrighi, relatora do REsp<sup>124</sup> 1159242/SP considerou que:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

E apresenta a correlação do cuidado com o art. 227 da Constituição Federal: “Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”.

Fez-se então a distinção entre a faculdade de amar e o dever de cuidar e a sua imposição jurídica:

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese *o non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.

Por fim, a ministra relatora considerou que a atitude de descaso do pai com a filha em relação com os seus filhos posteriores foi conduta ilícita decorrente da omissão do exercício do dever de cuidado. Inclusive o dano moral sofrido pela filha abandonada foi considerado como *in re ipsa*, ou seja, presumido, dispensando a recorrida de comprovar o abalo psicológico sofrido.

Destaca-se então que o princípio do cuidado não é sinônimo do princípio da afetividade, apesar de endossá-lo.<sup>125</sup> Contudo a sua aplicação ainda não é clara, o seu alcance e as condutas efetivamente lesivas dos pais abandonantes relativas aos seus filhos ainda decorrem da análise caso a caso do julgador. O abandono afetivo, fundamentado no dever de cuidado, tem lineamento mais concreto, mas no fim cabe ao julgador determinar quais são os

<sup>122</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V; Seção II Do Exercício do Poder Familiar; Art. 1.634, Inc. I. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 10 ago. 2018.

<sup>123</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Art. 227. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 10 agosto 2018

<sup>124</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=09/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006)>. Acesso em 10 de agosto de 2018

<sup>125</sup> TUPINAMBÁ, R. C. Idem, ibidem.

limites da obrigação legal dos pais de “dirigir-lhes a criação e a educação”<sup>126</sup> aos filhos assim como garantir-lhes “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”<sup>127</sup> além de protegê-los de “toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.<sup>128</sup>

Como dito anteriormente, em julgado recente, a Quarta Turma do STJ afastou a tese do abandono afetivo por ausência de imposição legal do cuidado afetivo<sup>129</sup>. Ocorre que há um entendimento reverso do firmado pela Terceira Turma desse Tribunal. A ministra Maria Isabel Gallotti considera que o cuidado, apesar de suas delimitações serem consubstanciados em atos e fundamentos fáticos, ainda impõe obrigação de afeto por parte do pai.

Para entender esse embate de fundamentos travado no Superior Tribunal de Justiça, esta pesquisa agora se propõe a examinar como o Estado tutela o abandono do menor, nas esferas penais e civis, para enfim fazer um cotejo das três decisões sobre o abandono afetivo proferidas no STJ e determinar como os princípios da afetividade e do cuidado foram manejados por seus magistrados.

---

<sup>126</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V; Seção II Do Exercício do Poder Familiar; Art. 1.634, Inc. I. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

<sup>127</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Art. 227. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

<sup>128</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Art. 227. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

<sup>129</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**. Relator: Min<sup>a</sup>. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201600111968&dt\\_publicacao=29/11/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

### 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL PELO ABANDONO DE MENOR

A história do abandono de menores no Estado brasileiro é marcada por uma crescente preocupação do bem-estar da criança e do adolescente. No século XIX a era prática usual abandonar a criança indesejada em locais onde seriam recolhidas como igrejas, conventos e casas ou “rodas dos expostos”.<sup>130</sup> Essa prática se tornou tão comum que filantropos e reformadores sociais apontavam medidas para salvar os menores do abandono, como a de obrigar as pessoas responsáveis pelo abandono a prestar informações sobre o nascimento, limitando o recolhimento de crianças nos asilos apenas por motivo de doença ou incapacidade de amamentação da mãe.<sup>131</sup>

Com a chegada do XX houve uma gradativa valoração do menor, pois com o crescimento do capitalismo e do trabalho industrial houve uma necessidade de educar o menor para servir como força laborativa.<sup>132</sup> O Código Civil de 1916, o Código de Menores de 1927 e o Código penal de 1940 passaram a ditar os limites do então Pátrio Poder e como o Estado iria interceder nesta questão, para o legislador da época, o abandono do menor era considerado uma questão de saneamento e higiene moral<sup>133</sup>, visando acabar com os vadios, com os mendigos e os libertinos.<sup>134</sup> O Estado passou institucionalizar o acolhimento dos menores com o Código de Menores<sup>135</sup> e a responsabilizar o abandono como conduta criminosa, com o Código Penal de 1940. Em razão disso o este trabalho passa a esmiuçar os tipos penais relacionados ao Abandono de Menores e a sua ligação com o Direito de Família.

Observada a crescente preocupação do Estado com a proteção do menor no início do século XX, a responsabilidade civil do pai quanto aos danos causados ao filho era praticamente inexistente. Cumpre relembrar que os menores não eram sequer considerados como sujeitos de direito, o pai ainda detinha total autoridade de que forma a criação do filho<sup>136</sup>. A tutela do Estado se limitava apenas à proteção do mesmo contra o abandono total e

<sup>130</sup> TRINDADE, J.M.B. **O abandono de crianças ou a negação do óbvio**. Revista brasileira de história, 19 (37), 1999, pp 35-58.

<sup>131</sup> Idem, ibidem.

<sup>132</sup> TRINDADE, J.M.B, Idem, ibidem.

<sup>133</sup> ALVAREZ, M.C. **A emergência do Código de Menores de 1927**. Uma análise do discurso. Disponível em <[https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37021729/mestradoMarcosAlvarez.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1534802637&Signature=CbBJZ2ZQRLn%2B%2BN14zjrDqxNX6lY%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA\\_EMERGENCIA\\_DO\\_CODIGO\\_DE\\_MENORES\\_DE\\_192.pdf](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37021729/mestradoMarcosAlvarez.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1534802637&Signature=CbBJZ2ZQRLn%2B%2BN14zjrDqxNX6lY%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_EMERGENCIA_DO_CODIGO_DE_MENORES_DE_192.pdf)>.

Acesso em 20 ago 2018, pp. 112 e 120.

<sup>134</sup> ESÍNDULA, D.H.P.; SANTOS, M.F.S. **Representações sobre a adolescência a partir da ótica dos educadores sociais de adolescentes em conflito com a lei**. Psicologia em testudo, v. 9, n. 3, 2004, pp. 357-367.

<sup>135</sup> ALVAREZ, M. C. Idem, p.33.

<sup>136</sup> DOS SANTOS PONTES, L.P. **Entre o dever de vigilância e o direito à privacidade da criança e**

o desenvolvimento moral do menor, empregando como punição apenas a *ultima ratio*, e ainda assim era necessária a vontade inequívoca (dolo) do genitor que deixou o filho em total abandono para caracterizar o tipo penal.

Esse quadro começou a mudar com a evolução do conceito de família que se deu ao longo de todo o século XX e com o advento da Constituição Federal de 1988, que alargou consideravelmente os deveres dos genitores no modo de criação do menor, e do reconhecimento do menor como sujeito de Direito trazido pelo ECA.

Para entender o alcance do Estado e a sua intenção de tutelar o abandono dos menores. Este trabalho se propõe a seguir a demonstrar a evolução de como a percepção da criação do menor passou desde uma visão prática de desenvolvimento da Pátria coibindo o abandono material, intelectual e moral do menor, até a preocupação com o bem-estar, com o desenvolvimento psicológico e da dignidade do menor.

### 3.1 OS CRIMES CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR

No início do séc. XX o abandono de menores era considerado como uma questão tanto de saneamento, quanto de ‘progresso capitalista’.<sup>137</sup> Com o advento do Código de Menores o Estado passou a tomar ações contra o abandono de menores, que até então tinha se tornado um grave problema público-social, com o aumento substancial das Rodas dos Expostos<sup>138</sup>. Perante esse quadro, o Estado, agora com ascendência da classe burguesa e decadência da economia escravocrata passou a ter maior interesse no desenvolvimento do menor brasileiro, isso foi refletido no Código de Menores de 1927 trouxe a extinção das rodas e institucionalizou os centros de acolhimentos dos expostos e dos abandonados<sup>139</sup>. Posteriormente o Código Penal de 1940 veio como forma de moralizar e combater o abandono de menores, de forma a punir penalmente o pai abandonante, tornando a responsabilidade de abrigo e sustento do Estado subsidiária ao do detentor do então Pátrio Poder.

Bento de Faria, em seu Código Penal Brasileiro Comentado de 1961 traz um panorama de como o abandono foi abordado pelo código em sua análise do abandono material:

---

**adolescente.** Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v.1, n. 1, 2015, p. 110.

<sup>137</sup> TRINDADE, J.M.B. **O abandono de crianças ou a negação do óbvio.** Revista brasileira de história, 19 (37), 1999, pp 35-58.

<sup>138</sup> ALVAREZ, M.C. Idem, pp. 35-36.

<sup>139</sup> ALVAREZ, M.C. Idem, pp. 35-38.

Contra esse surto de imoralidade que acanalha o homem e desvaloriza a mulher, havia de se insurgir o nosso legislador, que assim justificou a particularidade da repressão instituída:

- É reservado um capítulo especial aos “crimes contra a assistência familiar”, quase totalmente ignorados da legislação vigente.

Seguindo o exemplo dos códigos e projetos de codificação mais recentes, o projeto faz incidir sob a sanção penal o abandono de família.<sup>140</sup>

Como se vê o abandono era considerado um ato contra a moralidade da sociedade. O menor se tornou foco do Estado como a promessa do futuro do país, na forma de futuro trabalhador e cidadão, em face do potencial delinquente que advém do seu abandono.<sup>141</sup> O Abandono Material é o primeiro tipo penal que trata dessa conduta e será objeto de análise a seguir.

Cabe ressaltar que não se pretende analisar os tipos penais com a profundidade dos criminalistas, apenas apontar o alcance da responsabilização penal dos de quem abandona o menor e a sua relação com a evolução do direito de família.

### 3.1.1 Abandono Material

Esse tipo penal já estava consagrado no Código Penal de 1940 e atualmente trás o seguinte texto:

Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada<sup>142</sup>.

Conforme Bitencourt esse tipo penal tutela a estrutura e o organismo familiar, buscando a sua preservação com o amparo material devido reciprocamente pelos membros do núcleo familiar.<sup>143</sup>

O tipo penal considera típica a conduta do agente que deixar de prover os

<sup>140</sup> FARIA, B. **Código Penal Brasileiro Comentado**. v. VI, terceira edição atualizada. Distribuidora Record Editora, 1961, p. 175.

<sup>141</sup> TRINDADE, J.M.B. **O abandono de crianças ou a negação do óbvio**. Revista brasileira de história, 19 (37), 1999, pp. 35-58.

<sup>142</sup> BRASIL. **Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40**. Título VII; Capítulo III; Art. 244. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 21 de agosto de 2018

<sup>143</sup> BITENCOURT, C.R. **Código penal comentado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1098.

meios necessários à subsistência do cônjuge, do filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho e ascendente enfermo ou com idade avançada. Também incorre no crime o agente que deixar de pagar pensão alimentícia judicialmente acordada ou fraudar seu pagamento, chamado de abandono pecuniário. Por fim, é considerada conduta típica do abandono material o agente que deixar de socorrer, que abrange a conduta de largar ou abandonar, ascendente ou descendente gravemente enfermo.<sup>144</sup>

Interessante notar que por mais que o tipo penal busque a subsistência dos membros familiares e vede o seu abandono, ele não determina como deve ser feita a sua manutenção. Apenas veda a recusa em proporcionar os recursos necessários à vítima, a falta de pagamento de pensão alimentícia e a prestação de socorro. Não há referência da sobre a qualidade do convívio familiar, apesar de buscar evitar sua desagregação.<sup>145</sup>

Para caracterizar o crime é preciso que haja o dolo do abandonante, ou seja, é necessária a intenção de deixar de manter materialmente o abandonado ou a intenção de omitir socorro.<sup>146</sup> Portanto o pai negligente que deixa de garantir a subsistência do seu filho menor somente pode ser punido penalmente pelo abandono material se a negligência for tamanha que se configure o dolo eventual.

Esse crime caracteriza a necessidade do Estado de transferir a responsabilidade da criação do menor para a família. Conjugado com o Código de Menores de 1927, o Código Civil de 1916 e o Código Penal de 1940 mostram essa mudança de paradigma na legislação brasileira, que passou a se preocupar mais com o menor abandonado, punindo quem penalmente os membros das famílias que promoviam o abandono, que acabavam por aumentar a população dos centros de recolhimento de menores assim como os jovens desamparados em situação de rua que começavam a crescer com o aumento dos centros urbanos no início do século XX.<sup>147</sup>

### 3.1.2 A entrega do filho menor à pessoa inidônea

Esse tipo penal<sup>148</sup> consagra a preocupação do legislador brasileiro de 1940 com a proteção da moralidade social, para tanto foi criado o tipo penal que puni os pais de menor e o

<sup>144</sup> BITENCOURT, C.R. Idem, ibidem.

<sup>145</sup> FARIA, B. **Código Penal Brasileiro Comentado**. v. VI, terceira edição atualizada. Distribuidora Record Editora, 1961, p. 175.

<sup>146</sup> BITENCOURT, C.R. Idem, ibidem.

<sup>147</sup> ALVAREZ, M.C. Idem, pp. 52-59.

<sup>148</sup> BRASIL. **Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40**. Título VII; Capítulo III; Art. 245. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 21 de agosto de 2018

entrega (aqui entregar pode ser temporária ou definitivamente) à pessoa que deixa o menor em estado de perigo material ou moral.<sup>149</sup>

Bento de Faria ao comentar sobre o tipo em 1961 trouxe a seguinte interpretação para o texto legal:

A pessoa que recebe o menor deve, porém, ser idônea, isto é, possuir os requisitos necessários à realização do objetivo dos pais, os quais inculquem como sendo de – bons costumes, trabalhadora moralizada.

Será, portanto, inidôneo quem, não tendo esses predicados, procede contrariamente a eles v.g., - o jogador, a prostituta, o vagabundo, o mendigo, o ébrio habitual e os semelhantes.

[...]

Não consente a lei o contato com essas pessoas, em se tratando de menor, as condições referidas.<sup>150</sup>

Diante desse quadro é facilmente observado o anacronismo da norma, uma vez que na sociedade atual não se pode desmoralizar uma pessoa por estar em condição de rua, por ser prostituta, por jogar ou qualquer outra forma. Contudo demonstra como o objetivo do Estado era o de moralizar a sociedade e o de forma a criar pessoas de bons costumes, trabalhadoras e moralizadas.

Atualmente o tipo tem uma nova conotação com a adição feita pela lei nº 7.251/84 que passou a punir a entrega com intuito de obter lucro ou enviar o jovem para o exterior, assim como quem auxilia, com o intuito de obter lucro, com o envio<sup>151</sup>. Essa adição visa coibir o tráfico de pessoas e a venda de menores e não tem a denotação da proteção da moralidade da sociedade e sim a proteção da dignidade e da liberdade do menor.

No início do séc. XX o abandono de menores era considerado como uma questão tanto de saneamento, quanto de progresso capitalista<sup>152</sup>. Com o advento do Código de Menores o Estado passou a tomar ações contra o abandono de menores, que até então tinha se tornado um grave problema público-social, com o aumento substancial das Rodas dos Expostos<sup>153</sup>. Perante esse quadro, o Estado, agora com ascendência da classe burguesa e decadência da economia escravocrata passou a ter maior interesse no desenvolvimento do menor brasileiro, isso foi refletido no Código de Menores de 1927 trouxe a extinção das rodas e institucionalizou os centros de acolhimentos dos expostos e dos abandonados<sup>154</sup>. Posteriormente o Código Penal de 1940 veio como forma de moralizar e combater o

<sup>149</sup> BITENCOURT, C.R. **Código penal comentado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1101.

<sup>150</sup> FARIA, B. **Código Penal Brasileiro Comentado**. v. VI, terceira edição atualizada. Distribuidora Record Editora, 1961, p. 176.

<sup>151</sup> BITENCOURT, C.R. Idem, ibidem.

<sup>152</sup> TRINDADE, J.M.B. **O abandono de crianças ou a negação do óbvio**. Revista brasileira de história, 19 (37), 1999, pp 35-58.

<sup>153</sup> ALVAREZ, M.C. Idem, pp. 35-36.

<sup>154</sup> ALVAREZ, M.C. Idem, pp. 35-38.



abandono de menores, de forma a punir penalmente o pai abandonante, tornando a responsabilidade de abrigo e sustento do Estado subsidiária ao do detentor do então Pátrio Poder.

Bento de Faria, em seu Código Penal Brasileiro Comentado de 1961 traz um panorama de como o abandono foi abordado pelo código em sua análise do abandono material:

Contra esse surto de imoralidade que acanalha o homem e desvaloriza a mulher, havia de se insurgir o nosso legislador, que assim justificou a particularidade da repressão instituída:

- É reservado um capítulo especial aos “crimes contra a assistência familiar”, quase totalmente ignorados da legislação vigente.

Seguindo o exemplo dos códigos e projetos de codificação mais recentes, o projeto faz incidir sob a sanção penal o abandono de família.<sup>155</sup>

Como se vê o abandono era considerado um ato contra a moralidade da sociedade. O menor se tornou foco do Estado como a promessa do futuro do país, na forma de futuro trabalhador e cidadão, em face do potencial delinquente que advém do seu abandono<sup>156</sup>. O Abandono Material é o primeiro tipo penal que trata dessa conduta e será objeto de análise a seguir.

Cabe ressaltar que não se pretende analisar os tipos penais com a profundidade dos criminalistas, apenas apontar o alcance da responsabilização penal dos de quem abandona o menor e a sua relação com a evolução do direito de família.

### 3.1.3 O Abandono Intelectual

O tipo penal<sup>157</sup> agora analisado é o melhor representante da necessidade do Estado de promover o avanço da educação perante o avanço da economia de mercado no Brasil<sup>158</sup>. Sobre o tema, Bento de Faria traz interpreta o tipo de forma a dar voz à intenção do legislador da época:

[...] Há mister reorganizá-lo (o ensino), de modo a garantir ao homem a mais completa independência, ensinando-lhe, desde cedo, a contar, principalmente, consigo mesmo, com a vitória das suas energias na luta da vida, tal como ela é, visando ao seu bem-estar individual e o serviço da família e da Pátria.

<sup>155</sup> FARIA, B. **Código Penal Brasileiro Comentado**. v. VI, terceira edição atualizada. Distribuidora Record Editora, 1961, p. 175.

<sup>156</sup> TRINDADE, J.M.B. **O abandono de crianças ou a negação do óbvio**. Revista brasileira de história, 19 (37), 1999, pp 35-58.

<sup>157</sup> BRASIL. **Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40**. Título VII; Capítulo III; Art. 246. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 21 ago 2018.

<sup>158</sup> TRINDADE, J.M.B. **O abandono de crianças ou a negação do óbvio**. Revista brasileira de história, 19 (37), 1999, pp 35-58.

Logo se vê a importância que o desenvolvimento acadêmico do menor não tinha relação com a proteção de sua dignidade, mas como obrigação de manter por si só, assim como servir a sua família e o Estado. Esse é um ideal predominante liberal da época, que apenas com o avanço dos direitos sociais que se passou a ter maior preocupação com o bem-estar da criança e do adolescente, não como futuro trabalhador e contribuinte, mas como pessoa de direito.<sup>159</sup>

Atualmente o Abandono Intelectual visa a proteção da dignidade do menor, a garantia que ele possa se desenvolver em um cidadão com usufruto de seus direitos e consciência de seus deveres. Contudo a sua tipificação depende de justa causa, que advém das adversidades sofridas pelos pais no acesso às escolas ou o número limitado de vagas nelas<sup>160</sup>, que são situações recorrentes no cenário brasileiro atual. Portanto, para incorrer nesse crime existe a necessidade de o ensino básico estar disponível e os pais deixarem de promovê-lo dolosamente.<sup>161</sup>

### 3.1.4 Abandono Moral

Embora não possua esse *nomen juris*, esse tipo penal visa preservar a educação moral do menor<sup>162</sup>. Esse tipo possui íntima relação com o movimento de moralização do menor que tem início no começo do século XX, uma simples leitura do texto da lei aponta essa intenção:

Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:  
 I - frequente casa de jogo ou mal afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;  
 II - frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza;  
 III - resida ou trabalhe em casa de prostituição;  
 IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comisseração pública:  
 Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.<sup>163</sup>

Nota-se que o tipo penal elenca as qualidades das pessoas que devem ser evitadas pelos quem tem menores em seu poder, os incisos III e IV demonstra a clara intensão de saneamento moral do Estado.<sup>164</sup> Os incisos I e II podem ser visualizados pela forma que o

<sup>159</sup> LÔBO, P. L. **Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000.

<sup>160</sup> FIRMO, M.F.C. **A Criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p. 201.

<sup>161</sup> BITENCOURT, C.R. **Código penal comentado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1102.

<sup>162</sup> BITENCOURT, C.R. **Código penal comentado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1103.

<sup>163</sup> BRASIL. **Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40**. Título VII; Capítulo III; Art. 247. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

<sup>164</sup> TRINDADE, J.M.B O abandono de crianças ou a negação do óbvio. **Revista brasileira de história**, 19 (37), 1999, pp 35-58.

Código de Menores de 1927 relaciona os locais proibidos para menores<sup>165</sup>, elencando as casas de *dancing* ou de bailes públicos, cafés-concerto, *music-halls*, cabarés, bares noturnos e as casas de jogo.

Como se vê a proteção do menor no início do século XX se dava com a sua abstinência de locais de diversão, de liberdade, assim como o convívio com pessoas que não representam o ideal do Estado Liberal. Atualmente esse dispositivo tem pouca aplicabilidade, uma vez que a criança e o adolescente são consideradas pessoas de direito, dotadas de do direito fundamental de ir e vir, limitado apenas pela busca de seu melhor interesse.

Diante do exposto, por seu contexto, os crimes contra a assistência familiar não visam, primeiramente, dar efetividade ao art. 225 da Constituição Federal, mas tem como objetivo a preservação moral da própria sociedade e a diminuição dos menores abandonados às ruas. São tipos penais que tem como gênese o movimento de deslocamento da obrigação de criar e educar os menores do Estado, para a família diante do aumento considerável dos menores e delinquentes que advinham do abandono das crianças no final do século XIX.<sup>166</sup>

Contudo, o abandono familiar é regulamentado também pelo direito civil, que dispõe de medidas de suspensão e extinção do poder familiar caso os seus detentores coloquem os menores de sua responsabilidade em situações de abandono e risco reiteradamente. A discussão que se traz a seguir é se a responsabilidade civil também é aplicável como punição aos pais abandonantes.

### 3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ABANDONO DO FILHO PELO PAI

A responsabilidade civil é instituto do Direito Civil que visa à reparação do dano injusto, possui grande valor no próprio sentido de justiça. O agente que causa ato ilícito e causa repercussões negativas no direito de outra pessoa deve reparar o dano causa, uma vez que o equilíbrio jurídico entre esses dois sujeitos foi alterado, falando-se, inclusive no dever geral de não prejudicar ninguém.<sup>167</sup> Portanto, o Direito visa trazer reestabelecer esse equilíbrio ao *status quo ante*, ou seja, fazer que a situação retorne para o momento antes de o dano ter se concretizado.<sup>168</sup> Diante da importância para o próprio funcionamento da lógica do Direito, a Responsabilidade Civil vem ganhando cada vez mais espaço e sofisticação no

<sup>165</sup> BRASIL. **Código de Menores, Decreto nº 17.943-A/27**. Capítulo X Da vigilância sobre os menores; Art. 130. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 21 de agosto de 2018

<sup>166</sup> ALVAREZ, M.C. Idem, pp. 52-59.

<sup>167</sup> CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 15.

<sup>168</sup> Idem, pp. 3-6.

ordenamento jurídico.

Esse instituto sofreu ao longo do século XX uma profunda modificação do seu alcance, objeto e aplicação. Junto com o Direito de Família foram os institutos do Direito Civil que mais sofreram alterações nos últimos cem anos, sendo considerada no início do século XX como mero instrumento de reparação por ato ilícito, ela passou a ganhar escopo para servir como método de justiça social<sup>169</sup> a partir da segunda metade do mesmo século e com a promulgação da Constituição de 1988.<sup>170</sup>

A relação da responsabilidade civil e o direito de família sempre foram distantes, apesar de já haver previsão da reparação do dano civil no Código Civil de 1916, no seu artigo 159<sup>171</sup> a relação intrafamiliar sempre teve o condão de não ser indenizável em razão da proteção da instituição do casamento<sup>172</sup> e do Pátrio Poder que dava autoridade máxima ao patriarca da família. A responsabilidade civil no início do século XX era sempre analisada com base na culpa do agente causador do ato ilícito, levando em conta que a forma de criação do filho era sempre determinada pelo patriarca, não podia se dizer que o pai agiu com culpa se o filho viesse a ter algum tipo de dano durante o seu crescimento, estando amparado pela excludente de ilicitude do exercício regular do seu Direito de criação. A mudança dessa realidade veio com o reconhecimento dos direitos sociais, positivados na constituição e, conseqüentemente, a valorização de todos os membros do âmbito familiar. A proteção da dignidade da pessoa humana trouxe a proteção civil não só dos membros da família contra o exterior, mas a proteção dos familiares contra os abusos e atos ilícitos praticados entre eles mesmos.<sup>173</sup>

Apesar da grande evolução da aplicação da Responsabilidade Civil na sociedade moderna, principalmente com o reconhecimento da responsabilidade objetiva e a teoria do risco<sup>174</sup> pelo Código Civil de 2002 e pelo Código de Defesa do Consumidor, o instituto não mudou muito quando se trata de atos realizados no seio de familiar. Por não haver previsão legal da aplicação da responsabilidade objetiva, o Abandono Afetivo deve ser observado pela regra geral da Responsabilidade Civil: a responsabilidade subjetiva. Realmente, não há como conciliar a teoria do risco com as relações familiares, uma vez que a família é a base para a

---

<sup>169</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>170</sup> AGUIAR JÚNIOR, R. R. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: B. P. WELTER, & R. H. MADALENO, Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2004.

<sup>171</sup> BRASIL. **Código Civil, Lei nº 3.071/16**. Título II Dos atos ilícitos; Art. 159. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm). Acesso em 20/08/2018

<sup>172</sup> AGUIAR JÚNIOR, R. R. *Idem*.

<sup>173</sup> AGUIAR JÚNIOR, R. R. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: B. P. WELTER, & R. H. MADALENO, Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2004.

<sup>174</sup> CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp 3-6.

manutenção de uma sociedade, se se considerar que a um risco inerente à formação de uma família, há então, um risco à formação e manutenção de toda e qualquer sociedade, de modo que toda responsabilidade passaria a ser objetiva, e todo ato ilícito necessariamente deveria ser indenizado independentemente da análise da conduta.<sup>175</sup> Portanto, a conduta culposa é analisada nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

A Responsabilidade Civil que tutela o Direito de Família é predominantemente a Responsabilidade Extracontratual, uma vez que a maior parte das relações familiares são tuteladas por normas legais que não podem ser alteradas pelos particulares<sup>176</sup>. Os pressupostos da sua formação, na sua são: a) o ato ilícito decorrente de conduta comissiva ou omissiva antijurídica que viola o direito de outrem, ou em exercício de seu direito extrapola seus limites; b) o nexo de causalidade entre a conduta realizada pelo agente e o dano sofrido pela vítima; c) o dano causado pelo agente à vítima.<sup>177</sup> Esses pressupostos se encontram nos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002.<sup>178</sup>

Com o advento da Constituição de 1988 a criação do filho passou a ter novos limites, principalmente o que ficou determinado no seu art. 227, principalmente ao determinar o dever de “colocá-los (os menores) a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”<sup>179</sup>. Como se pode observar a Constituição criou uma cláusula em aberto da proteção ao menor, que pode ser aplicada inclusive contra os detentores do Poder Familiar.

Contudo sempre haverá um embate de Direitos no que se diz respeito à Responsabilidade Civil no Direito de Família, advindo como, por exemplo, a autonomia dos pais em face do dever de cuidado do filho. Essa discussão sempre trará dificuldades aos operadores do Direito, uma vez que, em última análise será posto em contraste os Direitos da Personalidade entre os membros familiares.<sup>180</sup> Além disso, a dificuldade de saber quais condutas paternas causam danos no desenvolvimento dos filhos, considerando que não há como ter garantias de que a atuação familiar traga efeitos positivos de seus membros<sup>181</sup>, causa

<sup>175</sup> AGUIAR JÚNIOR, R. R. Idem.

<sup>176</sup> Idem.

<sup>177</sup> FILHO, C.S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p 35.

<sup>178</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Título III dos Atos Ilícitos; Arts. 186 e 187; Título IX Da Responsabilidade Civil; Capítulo I Da Obrigação de Indenizar; Art. 927. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

<sup>179</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Art. 227. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 20 ago. 2018.

<sup>180</sup> AGUIAR JÚNIOR, R. R. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: B. P. WELTER, & R. H. MADALENO, Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2004.

<sup>181</sup> MOREIRA, L.E.; TONELI, M.J.F. **Abandono afetivo: afeto e paternidade em instâncias jurídicas**. Psicologia: Ciência e Profissão, v. 35, n. 4, 2015, p. 1257-1274

confusão e dificuldades nos operadores do Direito ao dimensionar e aplicar os pressupostos da Responsabilidade Civil no caso concreto.

Diante dessa dificuldade de mensurar onde termina os direitos de autônoma dos pais e os direitos de cuidados (ou afetividade) dos filhos que existe uma grande discussão se o Abandono Afetivo seria abarcado pela Responsabilidade Civil. Essa dicotomia criou um racha no entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça, que tem as suas duas turmas de direito privado com entendimentos opostos sobre o mesmo tema: a Terceira Turma<sup>182</sup> que aceita a possibilidade da reparação por dano moral por ato ilícito causado pelo pai pela ausência de cuidado; e a Quarta Turma<sup>183</sup> que não vislumbra Ato Ilícito do pai que garante a subsistência e educação do filho, mas não o suporta além desse ponto.

Para entender como o instituto da Responsabilidade Civil se aplica ao Abandono Afetivo é preciso entender como as etapas da responsabilização civil se adequam a essa situação. Para tanto, este trabalho agora se propõe a analisar como cada etapa da equação da responsabilização civil se comporta na análise do Abandono Afetivo.

### 3.2.1 Análise do Ato Ilícito no Abandono Afetivo

O ato ilícito é a negação do ato lícito, ou seja, é um ato que não está de acordo com os parâmetros jurídicos que legitimam o ato jurídico *lato senso*.<sup>184</sup> Ele é constituído por quatro requisitos que caracterizam sua aplicação abstrata: a) a violação de norma jurídica preexistente; b) a conduta, que pode ser constituída de forma intencional ou previsível; c) a imputabilidade, que determina se o resultado antijurídico pode ser atribuído à consciência do agente; d) a violação de direito alheio<sup>185</sup>. Portanto, a ilicitude da conduta do pai abandonante demanda a caracterização de diversos conceitos para constituir esse ato como ilícito.

O ato ilícito cometido pelo pai que abandona afetivamente seu filho, talvez seja um dos pontos mais controvertidos nessa discussão. O próprio STJ não tem entendimento firmado se essa conduta se caracteriza como ato ilícito, a Terceira Turma desse tribunal considera que

<sup>182</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=09/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

<sup>183</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**. Relator: Min<sup>a</sup>. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201600111968&dt\\_publicacao=29/11/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

<sup>184</sup> PEREIRA, C.M.S. **Instituições de Direito Civil, Vol. I**. 24<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 547.

<sup>185</sup> PEREIRA, C.M.S. *Idem*, p. 548.

a Constituição Federal no seu art. 227 obriga ao pai o dever de cuidado. Já a Quarta Turma considera que o dever do pai se restringe ao de sustenta, guarda e educação e que a convivência somente pode ser analisada dentro das circunstâncias de cada família.<sup>186</sup>

Diante desse quadro, a discussão sobre a ilicitude do ato do pai que se omite no seu dever de cuidado tem dois polos distintos. O primeiro que visa o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que, cumulado com a segunda parte do art. 227 da Constituição Federal de 1988 que coloca especial proteção ao menor ao determinar que ele esteja “a salvo de qualquer tipo de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”<sup>187</sup> impõe ao pai um dever além do de garantir o sustento material do filho, mas também que sua criação seja protegida em sua plenitude. Noutro polo visa à proteção da autonomia do pai, observando que garantido o dever de suportar materialmente o filho, o restante é apenas a caracterização das peculiaridades da vida privada de cada família, e que as relações intrafamiliares não devem ser reguladas pela Responsabilidade Civil.<sup>188</sup>

Portanto a discussão sobre o Abandono Afetivo já encontra obstáculos no primeiro objeto de análise da Responsabilidade Civil, uma vez que não há consenso de que há uma violação em um dever preexistente no ordenamento jurídico, põe em cheque toda a ilicitude da conduta.<sup>189</sup> Contudo, conforme já analisado nos capítulos deste trabalho, a evolução axiológica da condição do desenvolvimento da criança e do adolescente já apontam que a mera subsistência não garante a proteção de direitos conferidos a esses sujeitos e a família, especialmente na figura dos pais na figura do poder familiar, detêm o dever de criar seus filhos a salvo de qualquer negligência. O comando constitucional<sup>190</sup>, assim como as normas infraconstitucionais positivadas no Código Civil de 2002<sup>191</sup> e o ECA<sup>192</sup> apontam, reiteradamente, para um dever de convívio e criação dos pais para com seus filhos, pelo

<sup>186</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**. Relator: Min<sup>a</sup>. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201600111968&dt\\_publicacao=29/11/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

<sup>187</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Art. 227. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

<sup>188</sup> ALVES, A.J.P. **O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental**. Revista Direito & Dialogicidade, v. 4, n. 1, 2013.

<sup>189</sup> PEREIRA, C.M.S. **Instituições de Direito Civil, Vol. I**. 24<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 548.

<sup>190</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Art. 227. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

<sup>191</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V; Seção II Do Exercício do Poder Familiar; Art. 1.634, Inc. I. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 10 de agosto de 2018

<sup>192</sup> BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90**. Título I. Art. 6º; Capítulos I, II e III, arts. 3º, 4º, 19, 21 e 22. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm)>. Acesso em 20 de agosto de 2018

menos.

Outra dificuldade que se soma ao reconhecimento da ilicitude do ato é o conceito utilizado para caracterizar a conduta antijurídica, ou seja, qual o princípio seria aplicável ao dever jurídico originário, o da afetividade ou o do cuidado? A complexidade diante da dimensão desses dois princípios causa divergência doutrinária e na jurisprudência. Para Rodrigo da Cunha Pereira<sup>193</sup> e Ricardo Calderón<sup>194</sup>, o princípio que determina a conduta do pai é o da afetividade. Já para Roberta Tupinambá<sup>195</sup> e Sávio Renato Bittencourt<sup>196</sup> apontam o princípio do cuidado como pedra angular da conduta parental. A tese utilizada pela Terceira Turma do STJ é o dever jurídico do cuidado, contudo, a Quarta Turma, reconhecendo a existência do dever de cuidado, considerou que ele se confunde com o dever de provimento material, e qualquer coisa que ultrapasse esse limiar seria a imposição de um cuidado afetuosos.<sup>197</sup>

O reconhecimento do princípio da afetividade encontra grande resistência para ser reconhecido como dever preexistente da conduta parental, na jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça ele é refutado sob o argumento de que não há imposição legal da necessidade de o filho ser amado pelo pai. Já o princípio do cuidado tenta separar a necessidade de afeto e a garantia de proteção do menor contra o possível descaso de seus genitores, mas mesmo essa nova abordagem dessa relação já foi refutada pela Quarta Turma desse tribunal.

A caracterização do ato ilícito no Abandono Afetivo depende da visão que o julgador ainda tem da família moderna. Apesar de toda a evolução axiológica dos direitos da criança e do adolescente<sup>198</sup>, ainda é difícil contrapô-los à autonomia dos pais<sup>199</sup>. De mais a mais, pelo

<sup>193</sup> DA CUNHA PEREIRA, R.; SILVA, C.M. **Nem só de pão vive o homem**. Sociedade e Estado, v. 21, n.1, 2006.

<sup>194</sup> CALDERON, R.L. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 ago. 2018, pp 190-192.

<sup>195</sup> TUPINAMBÁ, R. C. **O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 368-370.

<sup>196</sup> BITTENCOURT, S. R. **O Cuidado e a Paternidade Responsável**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.46.

<sup>197</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**. Relator: Min<sup>a</sup>. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201600111968&dt\\_publicacao=29/11/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

<sup>198</sup> ALVES, L. B. **O reconhecimento legal do conceito moderno de família - O art. 5º, II e Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 Lei Maria da Penha**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2007, 329-347.

<sup>199</sup> MOREIRA, L.E.; TONELI, M.J.F. **Abandono afetivo: afeto e paternidade em instâncias jurídicas**. Psicologia: Ciência e Profissão, v. 35, n. 4, 2015, p. 1257-1274.



menos no texto legal, há uma clara intenção de interação pai e filho além do sustento material, conforme já foi demonstrado anteriormente, a Constituição, o ECA e o Código Civil fazem menção a especial proteção dos direitos da criança e do adolescente<sup>200</sup>. Não há ressalva nesses textos sobre a conduta dos pais e, apesar de não ser positivada a necessidade de afeto, a imposição de algum tipo de cuidado parece clara, de modo a ser imputável a quem exerce esse dever. Diante disso, o ato ilícito de deixar o filho em abandono de cuidado pode ser conduta que enseja reparação por dano moral ou mesmo material. Todavia a caracterização do Abandono Afetivo encontra dificuldades em todos os pressupostos que fazem a equação da Responsabilidade Civil, conforme será visto adiante.

Para continuar a análise do ato ilícito, na responsabilidade subjetiva, é necessário o exame do primeiro pressuposto da responsabilidade civil, a conduta culposa, conforme o art. 186 do Código Civil de 2002:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”<sup>201</sup>.

Contudo essa análise será realizada em tópico próprio, diante da complexidade do tema.

### 3.2.2 A conduta culposa do pai abandonante

A conduta antijurídica é fator formador do dever de restituir<sup>202</sup>, uma vez que só comete ato ilícito aquele que o faz em desconformidade com a ordem jurídica, seja de forma comissiva ou omissiva, por negligência, imprudência ou imperícia e causar dano a outrem ou violar direito alheio<sup>203</sup>. A culpa *lato senso*, como é utilizada pelo Direito Civil, fundiu os conceitos de dolo e culpa, tutelando de modo amplo a conduta ilícita<sup>204</sup>. Portanto, o Direito Civil não se preocupa com a intenção do agente e a proteção da sociedade como um todo como no Direito Penal, mas sim com a reparação do direito subjetivo do agente lesado pela conduta culposa ou, em outras palavras, antijurídica.

<sup>200</sup> DOS SANTOS PONTES, L.P. **Entre o dever de vigilância e o direito à privacidade da criança e adolescente**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v.1, n. 1, 2015, p. 111.

<sup>201</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Título III dos Atos Ilícitos; Art. 186. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

<sup>202</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Título IX Da Responsabilidade Civil; Capítulo I Da Obrigação de Indenizar; Art. 927. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

<sup>203</sup> PEREIRA, C.M.S. **Instituições de Direito Civil, Vol. I**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 551.

<sup>204</sup> PEREIRA, C.M.S. *Idem*, p. 551.

A análise de culpa sempre trouxe dificuldades aos operadores de Direito<sup>205</sup>, seja em sua complexidade quantos aos limites da conduta (tencional ou intencional), quanto aos seus elementos (conduta voluntária, previsão ou previsibilidade e ausência de cautela) e quanto à produção de prova dessas condutas nos autos.<sup>206</sup> Essa dificuldade é consideravelmente ampliada nos casos de Abandono Afetivo devido às peculiaridades da vida privada de cada família e pelos juízos de valor intrínseco que cada um tem quanto às condutas de seus familiares.<sup>207</sup>

No Direito de Família a culpa dentro das relações intrafamiliares sempre foi motivo de controvérsia no Direito, inclusive a própria aplicação da reponsabilidade civil nas relações familiares é debatida pelos operadores do Direito em razão de adentrar o ela mais particular da sociedade.<sup>208</sup> Diante dessa dificuldade é preciso que a análise da culpa, que já é um instituto complexo, tenha ainda mais conceitos atrelados quando se trata de indenização por atos ilícitos praticados dentro de uma família. Embora a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana não permita que uma pessoa que sofra um injusto civil não possa ter seu dano restituído apenas pelo fato de ser uma relação entre pais e filhos, irmãos e irmãs, tios e sobrinhos e etc.<sup>209</sup>

No Abandono Afetivo a culpa do pai em abandonar afetuosamente o filho é, necessariamente, uma análise dos próprios operadores do Direito sobre como seria essa atuação de modo exemplar. O fato de todos terem tidos pais e mães, presentes ou não, dá algum parâmetro de excelência quanto ao comportamento que esses entes devem ter em relação aos seus filhos.<sup>210</sup> Por haver uma enorme pluralidade nas relações familiares o conceito de culpa para constituir ato ilícito fica extremamente abstrato e fica, em última análise, ao discernimento dos julgadores das causas familiares. Diante da enorme dimensão de possibilidades de relações afetivas entre pai e filhos fica sempre a análise do caso concreto a verificação de como cada conduta causadora de dano ao filho tem o condão culposos ou não.

Diante desse imenso quadro de possibilidades este trabalho propõe oferecer três condutas facilmente observadas para melhor demonstrar a aplicação dos elementos de culpa

<sup>205</sup> CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p 214.

<sup>206</sup> CAVALIERI FILHO, S. *Idem*, pp 46-58.

<sup>207</sup> MOREIRA, L.E.; TONELI, M.J.F. **Abandono afetivo: afeto e paternidade em instâncias jurídicas**. Psicologia: Ciência e Profissão, v. 35, n. 4, 2015, p. 1257-1274

<sup>208</sup> AGUIAR JÚNIOR, R. R. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: B. P. WELTER, & R. H. MADALENO, Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2004.

<sup>209</sup> AGUIAR JÚNIOR, R. R. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: B. P. WELTER, & R. H. MADALENO, Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2004.

<sup>210</sup> MOREIRA, L.E.; TONELI, M.J.F. **Abandono afetivo: afeto e paternidade em instâncias jurídicas**. Psicologia: Ciência e Profissão, v. 35, n. 4, 2015, p. 1257-1274

no Abandono Afetivo. Existem pelo menos três condutas de pais que dialogam com os elementos da culpa:

Abandono Putativo	Abandono Flagrante	Abandono Descurado
É o agente que não tem consciência da sua situação de pai e não dá suporte ao filho. Outra possibilidade desse tipo de Abandono é o decorrente da Alienação Parental, que leva o menor à conclusão equivocada de que foi abandonado.	É o agente que tem consciência da sua situação de pai, mas, intencionalmente por meio de ações, não dá e nega suporte moral, para seu filho. Existe sentimento de animosidade contra a prole.	É o agente que tem consciência da sua situação de pai, contudo não dá suporte ao seu filho por razões próprias de descuido. Há apenas um desinteresse quanto à situação do filho, mas não existe animosidade contra seus filhos.

A culpa no Abandono Putativo decorrente da ignorância do estado de pai é de fácil análise, uma vez que somente pode ser responsabilizado o pai que tem consciência dessa condição, uma vez que não pode ser considerada que existia poder familiar na relação<sup>211</sup>. A pretensão da restituição do dano sofrido pelo menor pela ausência do pai deve advir de uma ação (ou omissão) consciente do pai, diante da falta de intensão, ou voluntariedade, inexistente a pretensão indenizatória<sup>212</sup>, uma vez que nunca foi oportunizado ao pai o seu Direito de criação.<sup>213</sup> Portanto, um filho que apenas depois de atingida a maioridade toma conhecimento da identidade de seu pai, somente poderá pleitear o seu abandono caso ele demonstre que seu pai tinha consciência de sua condição. Se não houver essa consciência, não importa os danos sofridos pelo filho causados por sua ausência<sup>214</sup>, eles não serão devidos pelo abandonante putativo.

Quanto ao Abandono Putativo decorrente da alienação parental, o pai tem consciência do seu estado e de seus deveres de pai, contudo não consegue exercê-los em razão do distanciamento causado pelo genitor alienador. Isso ocorre quando um casal se separa e, em

<sup>211</sup> HIRONAKA, G.M.F.N. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Repertório de Jurisprudência IOB, v. 3, n. 13, 2006, p. 2.

<sup>212</sup> CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 47-48.

<sup>213</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V; Seção II Do Exercício do Poder Familiar; Art. 1.634; Inciso I. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

<sup>214</sup> HIRONAKA, G.M.F.N. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Repertório de Jurisprudência IOB, v. 3, n. 13, 2006, p. 2.

razão do conflito entre os genitores, o que detém a guarda, se utiliza da sua posição de vantagem na formação do seu filho para influenciar seu julgamento quanto ao amor e da proximidade do genitor alienado, fazendo-o acreditar que foi abandonado por seu genitor<sup>215</sup>. Nesse cenário o genitor alienado não pode ser responsabilizado civilmente, ocorre que o dano é causado por fato de terceiro<sup>216</sup>, o que rompe o nexo de causalidade entre o aparente abandono do pai e o dano sofrido pelo filho.

Diante da necessidade de do conhecimento da condição de pai, o abandonante putativo não pode ser responsabilizado, mas uma situação diferente se observa nos casos do abandono flagrante e do abandono descuro, pois nas duas situações os pais tem consciência de sua situação e pode ser imputado na obrigação de seus deveres de criação. Assim, a análise da culpa se aprofunda nessas condutas.

O abandono flagrante se caracteriza pela animosidade do pai para com sua prole, consciente de sua situação de pai ele a aliena em todas as suas possibilidades. Importante frisar que para se caracterizar o abandono afetivo puro, esse pai cumpre com seus deveres de suporte material, seja por pensão alimentícia ou por financiamento direto das necessidades do menor. Contudo não há nenhuma intenção de convívio ou relação educacional nessa relação. Infere-se da situação que dificilmente esse tipo de abandono se dá em lares onde os pais não sejam separados, uma vez que o convívio com o filho é mínimo ou inexistente.

Nota-se que os julgados paradigmas do STJ (REsp 757.411/MG<sup>217</sup>, REsp 1.159.242/SP<sup>218</sup> e REsp 1.579.021/RS<sup>219</sup>) têm em seu delineamento fático enquadrado no abandono flagrante, ou seja, os pais deliberadamente e consciente da sua condição de pai e de seus deveres de criação, mantiveram distância de sua prole mesmo com a tentativa dela de se aproximar de seu genitor. Aqui, analisando a culpa em seu sentido *lato senso* verifica-se que a

<sup>215</sup> TRINDADE, J. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2004, pp. 155-156

<sup>216</sup> GONÇALVES, C.R. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 13°. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 366.

<sup>217</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757411/MG**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 29/11/2005. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=09/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006)>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

<sup>218</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=09/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006)>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

<sup>219</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**. Relator: Min<sup>a</sup>. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201600111968&dt\\_publicacao=29/11/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017)>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

conduta se aproxima do dolo, uma vez que é flagrante a conduta intencional de se atingir um resultado ilícito.<sup>220</sup> Nos julgados prolatados pela Quarta Turma do STJ, a improcedência dos recursos sequer chegou à análise da culpa, uma vez que não foi vislumbrado o dever jurídico preexistente, tanto pelo princípio da afetividade<sup>221</sup>, quanto pelo princípio do cuidado<sup>222</sup>. Já, no julgamento feito pela Terceira Turma, onde ele foi dado o provimento, a conduta do pai foi considerada ilícita pelo dolo, uma vez que havia “[...] consciência do recorrente quanto as suas omissões, da existência de fatores que pudessem interferir, negativamente no relacionamento pai-filha [...]”.<sup>223</sup>

A conduta restante, referente ao abandono descuidado, depende de uma análise mais complexa, uma vez que entra na esfera da culpa *stritu sensu*, ou seja, da necessidade do agente de agir com a cautela necessária para que suas condutas não resultem em lesões a bens e direitos alheios<sup>224</sup>. Portanto, exige do pai uma conduta positiva de não causar dano ao desenvolvimento de seu filho, seja por imprudência ou negligência. Ressalta-se que o comando constitucional do art. 227 coloca a criança e o adolescente a salvo de qualquer negligência, e ao se interpretar “qualquer”, inclui-se as possíveis negligências advindas de seus genitores.

Contudo, quando se adentra nas individualidades de cada seio familiar, fica extremamente complexo de se determinar quais condutas podem ser consideradas como negligentes, ao exemplo de um pai que falta um único aniversário do seu filho por esquecimento. Essa conduta tem o condão de obrigar o pai a ressarcir em pecúnia o sofrimento de seu filho diante da sua ausência na festividade? Faz alguma diferença o pai estar separado da mãe ou se ele convive todos os dias com sua família, mas em um momento de extrema importância para seu filho ele não estava presente? A culpa *stritu senso* impõe ao agente um dever de zelo, de cuidado, de capacidade mínima de antever o resultado danoso<sup>225</sup>.

<sup>220</sup> CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp 49-50.

<sup>221</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757411/MG**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 29/11/2005. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=09/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006)>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

<sup>222</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**. Relator: Minª. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201600111968&dt\\_publicacao=29/11/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017)>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

<sup>223</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Minª. Nancy Andrichi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=09/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006)>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

<sup>224</sup> CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p 50.

<sup>225</sup> CAVALIERI FILHO, S. Idem, pp. 49-50.

Por conseguinte, não se pode cobrar de o pai antever condutas que não causem, claramente, dano a própria criação e educação do filho. Caso contrário, levará a situações que acarretem, mesmo que desintencionalmente, à valoração da culpa como grave, leve ou levíssima, o que não foi abarcado pelo conceito abstrato de ato ilícito.<sup>226</sup>

Vale dizer que as excludentes de ilicitudes retiram a culpabilidade da conduta do agente. À vista disso, no exemplo da alienação parental, não se pode obrigar o pai a indenizar o filho por um dano que ele não deu causa. Portanto, o nexo de causalidade que liga a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima sempre deverá ser observado. Dessa forma, impede-se que a tutela jurisdicional seja injusta e condene um pai a indenizar um dano ao qual não se relaciona. Observada a conduta do pai abandonante, este trabalho passa para a análise do próximo pressuposto da Responsabilidade Civil, o nexo de causalidade.

### 3.2.3 O Nexo de Causalidade entre o Abandono do Pai e o Dano sofrido pelo Filho

O nexo de causalidade é o elo entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima, esse elo pode ser percebido positivamente, quando a conduta flagra o dano em uma relação de causa e efeito, ou negativamente, quando retirada da equação a conduta, o dano não é possível<sup>227</sup>. É o pressuposto da Responsabilidade Civil que determina a medida da obrigação de indenizar ao identificar todos os fatos ocorridos e conjuga-los com os danos sofridos, de modo a apontar o que deu causa a o que e em qual proporção.<sup>228</sup> A complexidade do tema está em determinar a causalidade entre a conduta e o dano, assim como o seu alcance. Para elucidar a análise do nexo causal e entender seus efeitos e limites o Direito Civil utiliza a teoria da Causalidade Adequada, ou seja, deve ser feito um estudo de qual conduta foi a causa mais adequada para ocasionar o dano, qual tem sua relação mais direta com a lesão sofrida pela vítima.<sup>229</sup>

Quando se trata de Abandono Afetivo, o dinamismo e a variedade de condutas das relações familiares tornam extremamente complexas de ligar uma determinada conduta com um dano sofrido. Portanto, para que se configure o nexo de causalidade é preciso que haja um efetivo prejuízo na criação da criança e do adolescente por um ato de abandono do pai<sup>230</sup>. O

<sup>226</sup> PEREIRA, CMS. **Instituições de Direito Civil, Vol. I.** 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p 551.

<sup>227</sup> PEREIRA, CM.S. **Instituições de Direito Civil, Vol. I.** 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p 554.

<sup>228</sup> CAVALIERE FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil.** 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp 65-66.

<sup>229</sup> CAVALIERE FILHO, S. *Idem*, pp 69-71.

<sup>230</sup> HIRONAKA, G.M.F.N. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos—além da obrigação legal de caráter material.** Repertório de Jurisprudência IOB.[SI], v. 3, n. 18, 2006, p. 34.

nexo de causalidade é mais facilmente observado nos casos de abandono flagrante, uma vez que existe uma vontade real do pai em se distanciar do filho, diante dessa conduta, é mais simples a constatação de que o sofrimento e os danos sofridos pelo filho têm uma relação direta com a conduta de repulsa do pai. Contudo, observado o abandono descuidado, esse elo fica mais intangível. Como identificar que um ato de negligência do pai teve relação direta com uma ofensa ao direito de convivência, criação ou educação do filho?

Não há uma resposta simples para essa indagação, cabe, no caso concreto, com os meios de provas possíveis se fazer provar que a conduta foi fato determinante para que tenha surgido o dano na esfera patrimonial ou extrapatrimonial do filho. Contudo, note-se que, em última análise, não se verifica nesse elo a deterioração do afeto entre o pai ou o filho, mas as consequências da conduta prejudicial do pai.<sup>231</sup>

Diante da dificuldade de vislumbrar o nexo causal a partir da conduta do pai, talvez esse exercício possa ser feito com o ponto de partida o dano, uma vez que a existência de um dano pressupõe algum tipo de conduta danosa.<sup>232</sup> Após a verificação do dano é possível verificar a causalidade adequada de sua gênese e, a partir dessa análise verificar se a conduta constitui ato ilícito ou não. Fato é que essa investigação nunca será simples e soma mais uma dificuldade na configuração do dever de indenizar advindo do Abandono Afetivo.

Diante da necessidade de haver dano e a sua importância para o balanço do nexo causal, o estudo desse pressuposto da Responsabilidade Civil se mostra de extrema importância. Razão essa que o próximo tópico deste trabalho se propõe a analisar o dano no Abandono Afetivo e como ele se comporta no mundo jurídico.

### 3.2.4 O Dano decorrente do Abandono

O dano é o último pressuposto da Responsabilidade Civil e detém especial importância na sua formação. O ato ilícito somente é passível de indenização se houver causado dano a outrem.<sup>233</sup> Embora nas outras esferas de Responsabilização (Penal e Administrativa) não é necessário que se configure o dano para punir a conduta antijurídica, no Direito Civil o dever de indenizar somente é exigível se causar dano ao bem jurídico de alguém.<sup>234</sup>

Dessa forma, dano em seu sentido *lato senso* abrange a perda material e o dano moral,

---

<sup>231</sup> HIRONAKA, G.M.F.N. *Idem*, p. 24.

<sup>232</sup> *Idem*, p. 34.

<sup>233</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Título III dos Atos Ilícitos; Art. 186. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

<sup>234</sup> GONÇALVES, C.R. **Direito civil brasileiro**. 13ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 369-370.

que foram reconhecidos nos arts. 1º, III e 5º, V e X da Constituição Federal<sup>235</sup> e no art. 186 do Código Civil de 2002.<sup>236</sup> O dano é conceituado como uma diminuição a um bem jurídico de alguém, utilizando-se o termo bem jurídico para abarcar o tanto o dano material como o moral.<sup>237</sup> Quando essa perda é analisada sob o delineamento fático do abandono, seja material, intelectual, moral ou afetivo, esse conceito tem de ser esmiuçado com cuidado para entender como esses danos são observados, provados e indenizados.

Inicialmente é preciso entender como os danos originados pelo abandono de menor são demonstrados, uma vez que a pretensão civil indenizatória necessita da existência do dano, o que não é regra nem no Direito Penal nem no Direito Administrativo. De mais a mais a pretensão civil normalmente analisa os ilícitos para garantir a restituição integral do dano e procurar buscar o *statu quo ante* ou pelo menos tentar reparar, da melhor maneira possível, o dano.<sup>238</sup> Portanto, o abandono material de um pai que não garante a subsistência mínima do filho necessita que se prove o não pagamento da pensão alimentícia, caso exista, ou que se prove o estado de penúria do menor. Apesar de o tipo ter o *nomen juris*, abandono material, o dano pode sobressair à esfera material, uma vez que o estado de penúria por muitas vezes flagra um sofrimento enorme do menor abandonado, violando seus direitos de personalidade e dando ensejo ao dano moral também. Por essa razão, alguns julgados de abandono afetivo são cumulados com o abandono material<sup>239</sup>, ressaltando a conduta do abandono flagrante. Diante dessa imensa possibilidade de danos advindos da mesma conduta, o abandono, é preciso entender como o dano é tutelado pelo direito Civil, a fim de dar eficácia ao instituto da Responsabilidade Civil.

O dano tem de ser certo e atual, sua existência não pode ser uma hipótese, tem de ser concreta e ter existência, pelo menos dar certeza de que ele virá a existir e existindo ele tem de ser determinado ou determinável.<sup>240</sup> Havendo um dano certo e atual, há de se definir sua

<sup>235</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Título I Dos Princípios Fundamentais, Art. 1º, inciso III; Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Art. 5º, Incisos V e X. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

<sup>236</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Título III dos Atos Ilícitos; Art. 186. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

<sup>237</sup> CAVALIERE FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 102-103.

<sup>238</sup> Idem, ibidem.

<sup>239</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Minª. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=09/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006)>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

<sup>240</sup> GONÇALVES, C.R. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 13ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 369.



natureza, que se divide em dois grandes campos, o dano material (patrimonial) e o dano moral (extrapatrimonial).<sup>241</sup> O dano material advém de uma perda de patrimônio, uma diminuição flagrante (danos emergentes) ou a impossibilidade de um ganho certo (lucros cessantes). O dano moral não tem necessariamente uma perda patrimonial, mas uma lesão à sua própria dignidade, moral, imagem, em suma, aos seus direitos de personalidade. Os casos de Abandono Afetivo normalmente são vinculados com o dano moral, que é figura principal nessa tese, contudo, no caso concreto pode haver danos patrimoniais sofridos pelo menor, como é o caso do abandono material e afetivo.

Apontar a natureza do dano não é suficiente para comprovar a sua efetivação, é preciso comprovar quem foi o alvo do ato ilícito, e se o dano sofrido foi direto ou indireto.<sup>242</sup> O dano direto é a perda sofrida pela pessoa que foi diretamente afetada pela conduta, é o caso de quem sofre um acidente de carro, o dano referente ao decréscimo patrimonial sofrido pela perda do veículo é suportado diretamente pela vítima. Quando o pai abandona, material ou afetivamente seu filho, o dano é sofrido diretamente pelo menor. Pode haver alguns cenários que se enquadraria o dano indireto, ou seja, reflexo, no abandono afetivo. Para que o dano indireto seja configurado é preciso que ele tenha ligação direta com o dano sofrido por outrem<sup>243</sup>, portanto a mãe que tem gastos com especialistas (psicólogo ou psiquiatra) para ajudar a mitigar o sofrimento do filho decorrente do abandono afetivo, teve um decréscimo patrimonial decorrente do dano sofrido pelo filho, podendo ser indenizável caso fique comprovado o ato ilícito e o dano sofrido.

Configurada a natureza e quem sofreu o dano é preciso determinar os seus limites, uma vez que a indenização é mensurada pela extensão do dano.<sup>244</sup> Quando se trata de dano material esse exercício é mais simples, basta juntar os comprovantes da diminuição patrimonial que estará determinada a extensão do dano com a soma dos prejuízos ou com a determinação do quanto se deixou de lucrar. Maior complexidade está em determinar os limites do dano moral, que não pode ser mensurado, tanto que ele é arbitrado, ou seja, dá-se um valor em pecúnia para compensar de alguma maneira o sofrimento da vítima<sup>245</sup>. Esse arbitramento leva em consideração o sofrimento da vítima, as consequências do ato ilícito e a

---

<sup>241</sup> Idem, ibidem.

<sup>242</sup> Idem, p. 371.

<sup>243</sup> GONÇALVES, C.R. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 13ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 371.

<sup>244</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Título IX Da Responsabilidade Civil; Capítulo II Da Indenização; Art. 944. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/10406.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

<sup>245</sup> CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil** 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 177-178.

punição do ofensor caso sua conduta seja especialmente reprovável, interessante que aqui também há uma análise da valoração da culpa (dolo, culpa grave, leve ou levíssima), para garantir o efeito pedagógico da condenação e evitar a reiteração da conduta<sup>246</sup>. Porém não é qualquer dano extrapatrimonial que dá ensejo ao direito de compensação, é necessário que o dano ultrapasse a normalidade. Os dissabores cotidianos da vida em sociedade não caracterizam o dano moral.<sup>247</sup> Imperioso ressaltar que existe a possibilidade de se ter um dano sem ato ilícito e ato ilícito sem dano, contudo para se formalizar a Responsabilidade Civil, é preciso que os dois pressupostos estejam presentes.

Sob a ótica do abandono, os limites do dano moral ficam incertos, assim como cada um sabe o quanto sofre, cada um teve uma experiência familiar e tem conceitos próprios do que cada conduta pode causar de dano, tornando extremamente complexa a tarefa de traçar parâmetros objetivos de conduta parental danosa. Inclusive, há quem defenda que a Responsabilidade Civil sequer poderia ser aplicável ao Direito de Família, diante da incapacidade de a condenação em pagamento em dinheiro ter efeitos positivos na recuperação familiar.<sup>248</sup>

Para visualizar o dano no abandono afetivo, começa-se com uma análise do abandono putativo decorrente da alienação parental. Nota-se que nesse caso o ato ilícito é causado pelo genitor alienante, apenas como exercício exemplificativo, utiliza-se o cenário da mãe que aliena o filho para afastá-lo do pai. Nesse contexto, François Podivyn elenca os efeitos que a sensação de abandono do genitor pode causar ao filho:

[...] podem ser uma depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psico-social normal, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento, comportamento hostil, falta de organização, dupla personalidade e às vezes suicídio. Estudos têm mostrado que, quando adultas, as vítimas da Alienação têm inclinação ao álcool e às drogas, e apresentam outros sintomas de profundo mal-estar.<sup>249</sup>

Nota-se que a alienação parental causa uma sensação de abandono pelo menor que não existe, mas é criada pelo genitor alienante. Mesmo que o abandono não seja real, para o menor alienado ele é, e pode causar danos irreversíveis à personalidade e criação do menor. Em uma simples analogia entre o abandono putativo e o flagrante, se a mera impressão de abandono pode trazer esses efeitos nefastos ao menor, a certeza deve, no mínimo, causar danos semelhantes. Embora esse trabalho não se proponha a minuciar a gravidade dos danos

<sup>246</sup> Idem, p. 178.

<sup>247</sup> GONÇALVES, C.R. Idem, p. 388.

<sup>248</sup> ALVES, A.J.P. **O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental**. Revista Direito & Dialogicidade, v. 4, n. 1, 2013.

<sup>249</sup> PODEVYN, F. **Síndrome de alienação parental**. Tradução para o português: Associação de Pais e Mães Separados (Apase), 2001. Disponível em: <www.apase.org.br>. Acesso em: 30 Ago. 2018.

psicológicos sofridos pelos menores abandonados, é preciso apontar que a possibilidade de dano existe, e que seus efeitos podem ser devastadores.<sup>250</sup>

Deriva dessa discussão a necessidade de se provar a existência do dano, uma vez identificado o ato de abandono do genitor. O entendimento quanto a prova do dano moral aponta que se a ofensa é grave, existe a presunção do dano, ou seja, o próprio fato flagra o dano sofrido, seja ele comprovado nos autos ou não.<sup>251</sup> A Ministra Nancy Andrighi ao condenar o pai por deficiência de cuidado com sua filha no REsp 1.159.242/SP<sup>252</sup>, considerou o dano presumido, em outras palavras *in re ipsa*, diante da conduta altamente reprovável do pai. Sobre a caracterização do dano a Ministra dispõe:

Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável apuro, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna.

Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, ad perpetuum, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Contudo, esse entendimento não parece ser a regra, uma vez que não há consenso nem se essa determinada conduta constituiria ato ilícito.<sup>253</sup> Se existe precariedade quanto à repreensibilidade da conduta, a prova do dano parece se tornar necessária, pelo menos nos casos de abandono descuidado, onde a flagrância da intenção de dano não existe. Vale ressaltar que a fixação do dano moral sempre deve ser regulada pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade<sup>254</sup>, diante da pluralidade de situações possíveis a reparação civil deve ser observada com especial cuidado, pois não pode servir de instrumento de vingança do filho ou

<sup>250</sup> DA CUNHA PEREIRA, R.; SILVA, C.M. **Nem só de pão vive o homem**. Sociedade e Estado, v. 21, n.3, 2006.

<sup>251</sup> CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p 127.

<sup>252</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=09/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006)>. Acesso em: 30 Ago. 2018.

<sup>253</sup> ALVES, A.J.P. **O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental**. Revista Direito & Dialogicidade, v. 4, n. 1, 2013.

<sup>254</sup> SOUZA, W. O. C. **Responsabilidade Civil decorrente do Abandono Afetivo**. Revista Espaço Acadêmico, Vol. 15, Iss 176, p. 53-63.

do genitor que lhe detém a guarda, de modo a evitar a temida monetarização do afeto.<sup>255</sup>

Por fim, imperioso analisar as diferenças dos danos conforme os fundamentos utilizados para caracterizar o abandono, o afeto ou o cuidado. Apesar dos dois institutos visarem à reparação do mesmo fato, a característica do dano se diverge. No caso do Abandono pautado na afetividade, o que se indeniza é frustração da legítima expectativa do filho de receber afeto do pai.<sup>256</sup> Na reparação pela ausência de cuidado, a indenização é pautada na incapacidade, seja intencional ou não, do pai garantir o direito do filho de desenvolvimento digno pautado nos arts. 227 e 229 da Constituição e no princípio do melhor interesse do menor.<sup>257</sup>

A indenização pautada no princípio da afetividade sempre encontrou dificuldade na jurisprudência brasileira<sup>258</sup>, uma vez que impõe uma obrigação de um ato puramente subjetivo, o afeto, o que poderia violar os s fundamentais de liberdade e dignidade da pessoa humana dos genitores, uma vez que, a ausência do amor pode causar dano à prole, contudo o Estado não poderia impor esse, ou qualquer sentimento, a ninguém.<sup>259</sup>

Já a análise do dano sofrido pela ausência de cuidado encontrou algum lastro na jurisprudência, tendo como paradigma o já referido julgado relatado pela Ministra Nancy Andrighi. Contudo no próprio voto de divergência proferido pelo Ministro Massami Uyeda, traz reflexão importante sobre a objetividade do dano psicológico sofrido<sup>260</sup>:

Na educação e na criação dos filhos, não há um molde perfeito a ser observado, pois não há como medir o grau de atenção, de carinho e de cuidados dispensados pelos pais a sua prole, pois cada componente da célula familiar tem também a sua história pessoal... Assim, imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais mezinhas obrigações para com seu filho.<sup>261</sup>

Soma-se ao fato de que este julgado foi o único que deu provimento à indenização

<sup>255</sup> HIRONAKA, G.M.F.N. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos—além da obrigação legal de caráter material**. Repertório de Jurisprudência IOB.[SI], v. 3, n. 18, 2006, pp. 27-33.

<sup>256</sup> DA CUNHA PEREIRA, R.; SILVA, C. M. **Nem só de pão vive o homem**. Sociedade e Estado, v. 21, n.3, 2006.

<sup>257</sup> TUPINAMBÁ, R. C. **O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 363.

<sup>258</sup> DA CUNHA PEREIRA, R.; SILVA, C. M. *Idem*.

<sup>259</sup> ALVES, Ana Jéssica Pereira. **O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental**. Revista Direito & Dialogicidade, v. 4, n. 1, 2013.

<sup>260</sup> MOREIRA, L.E.; TONELI, M.J.F. **Abandono afetivo: afeto e paternidade em instâncias jurídicas**. Psicologia: Ciência e Profissão, v. 35, n. 4, 2015, pp. 1257-1274.

<sup>261</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=09/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006)>. Acesso em: 30 Ago. 2018.

decorrente de abandono afetivo até a data de hoje, inclusive na Terceira Turma, e se chega à conclusão de que tanto a conduta do pai quanto o dano sofrido pelo filho são analisados com muita cautela pelo STJ. Mesmo sob o fundamento da ausência de cuidado, os juízes são relutantes em conceder a indenização por abandono afetivo, a fim de não banalizar e monetizar as relações parentais.<sup>262</sup>

Para finalizar a análise dos fundamentos do Abandono Afetivo, este trabalho agora se propõe a analisar como esses conceitos são aplicados pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de compreender como eles são manejados por esse Tribunal Superior, uma vez que o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou sobre a matéria.

---

<sup>262</sup> HIRONAKA, G. M. F. N. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Repertório de Jurisprudência IOB, v. 3, n. 13, 2006, p. 2.

#### 4 A ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO ABANDONO AFETIVO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A fim de entender as consequências práticas dos fundamentos e dos conceitos analisados anteriormente neste trabalho, o autor pretende fazer uma análise do estado da arte atual no Superior Tribunal de Justiça. É certo que, para somente essa análise, caberia um trabalho de pesquisa a parte, mas com o intuito de entender a aplicação dos conceitos aqui estudados, é imperiosa a necessidade de ao menos apontar como os fundamentos do Abandono Afetivo são manejados na prática.

Para tanto, escolhe-se o estudo das decisões do STJ, que até agora ditou as diretrizes de como deve ser apreciado o relacionamento pai e filho e seus deveres inerentes nos casos de Abandono Afetivo para as outras instâncias do poder judiciário. Para tanto, será utilizado a Metodologia de Análise de Decisões - MAD<sup>263</sup> para identificar os conceitos anteriormente esmiuçados e como eles são manejados pelas turmas julgadores do STJ, buscando, principalmente, verificar a coerência decisória<sup>264</sup> nessas decisões.

Para que a análise seja correta, conforme exige a metodologia, é necessário: a) pesquisar, exploratoriamente, sobre tema; b) recortar objetivamente a questão-problema a ser analisada nas decisões; c) realizar o recorte institucional dos órgãos julgadores que vão ser analisados, seguindo os critérios de pertinência temática e relevância decisória; d) eleger as decisões representativas do problema dentro desse contexto; e) verificar como os conceitos abordados são utilizados pelo julgador; f) estabelecer a quais são as palavras de valor utilizadas para fundamentar a utilização de determinado conceito; g) identificar a coerência decisória a partir da análise dessas palavras de valor em cotejo com a pesquisa dos fundamentos apontados no trabalho.<sup>265</sup>

Primeiramente, a pesquisa exploratória e o recorte objetivo a questão problema já foram realizados nos capítulos anteriores deste trabalho, analisando a evolução axiológica das relações familiares, os deveres advindos dessa evolução, os conceitos jurídicos atrelados a esses deveres, a análise do abandono como fenômeno social e como ele repreendido pelo Estado e, por fim, como a punição civil pela Responsabilidade Civil se adequa a essa situação.

Dessa análise realizada, retira-se que os princípios da afetividade e do cuidado são

---

<sup>263</sup> FILHO, RF; LIMA, TM. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**: Decision Analysis Methodology - DAM. Universitas Jus. 21, 1-17, 2010.

<sup>264</sup> Idem, p. 7.

<sup>265</sup> Idem, pp. 7- 15.

atrelados ao poder familiar que gera, pelo menos, os deveres de criação, convívio e educação dos pais, contudo há um conflito sobre qual princípio tem imposição normativa sobre a conduta do genitor. Noutra esteira, há um conflito evidente entre o princípio da liberdade dos pais, em contraposição aos princípios da dignidade da pessoa humana e melhor interesse do menor. O próximo passo exigido pelo MAD é o recorte institucional que melhor se relaciona com o tema abordado observando-se os critérios de pertinência temática e relevância decisória. Vale ressaltar que esse recorte também já foi realizado neste trabalho, ao identificar quais julgados melhor se adequam ao problema pesquisado, três formaram e representam as diretrizes julgadoras das Turmas do STJ. Posteriormente se fará uma análise específica de cada decisão, demonstrando as suas pertinências temáticas e relevâncias decisórias.

O recorte institucional merece uma breve explicação quanto à disposição atual dos entendimentos nos órgãos julgadores do STJ. A matéria somente foi analisada, até o dia de hoje, pelas duas Turmas de Direito Privado do tribunal, a Terceira e a Quarta Turmas. A primeira decisão sobre o Abandono Afetivo foi publicada pela Quarta Turma, no REsp 757.411/MG<sup>266</sup> negou a tese do abandono afetivo, com base na impossibilidade de se aplicar o princípio da afetividade como dever parental. A Terceira Turma, ao decidir o REsp 1.159.242/SP<sup>267</sup>, deu parcial provimento ao recurso para acatar a tese do Abandono Afetivo, com base na exigência legal do dever de cuidado parental. A última decisão que discorre objetivamente sobre o tema, até a data da análise feita pelo autor, foi publicada, também pela Quarta Turma, em 19 de outubro de 2017 no REsp 1.579.021/RS<sup>268</sup>, negou provimento ao recurso para negar a tese do abandono afetivo, com base na impossibilidade de se exigir cuidado afetuoso parental.

Após essa data dois processos foram julgados pela Quarta Turma, mas não fundamentaram suas decisões utilizando-se dos conceitos pesquisados, limitando-se a utilizar o precedente do REsp 1.579.021/RS para negar a tese do abandono afetivo.

Portanto, como se vê, existe uma divergência de entendimento entre a Terceira e a

---

<sup>266</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757411/MG**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 29/11/2005. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=09/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006)>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

<sup>267</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=09/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006)>. Acesso em: 30 Ago. 2018.

<sup>268</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**. Relator: Min<sup>a</sup>. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201600111968&dt\\_publicacao=29/11/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017). Acesso em: 20 Ago. 2018.

Quarta turmas do STJ. A Terceira acolhe a tese e utiliza-se do REsp 1.159.242/SP como precedente para fundamentar as decisões posteriores. A Quarta turma afastou a tese e até a data de 19 de outubro de 2017, utilizou-se do REsp 757.411/MG como precedente para afastar a tese do abandono afetivo, depois dessa data passou a utilizar o REsp 1.579.021/RS para fundamentar o afastamento da tese sob fundamentos diversos.

Diante da importância desses julgados e por eles esmiuçarem os fundamentos estudados neste trabalho os REsp 1.159.242/SP (Terceira Turma) e 1.579.021/RS (Quarta Turma), foram escolhidos para se fazer o MAD.<sup>269</sup> A partir de agora este trabalho irá fazer uma análise detalhada dos julgados eleitos a fim de apontar as palavras de valor utilizadas pelos julgadores para fundamentar os conceitos do abandono afetivo com o propósito de identificar a coerência decisória em comparação com os fundamentos apontados no trabalho.

#### 4.1 ANÁLISE DO RESP 1.159.242/SP

Esse julgado<sup>270</sup> foi exaustivamente citado durante este trabalho. Para se evitar pleonasmos e repetições que nada acrescentam para o andamento da pesquisa, o autor irá dissecar a referida decisão da forma mais objetiva possível, com a intensão de apontar os argumentos utilizados na sua confecção e a coerência no emprego dos conceitos estudados.

Com a intensão de dar um panorama geral do caso, convém transcrever a ementa do julgado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos

<sup>269</sup> FILHO, RF; LIMA, TM. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**: Decision Analysis Methodology - DAM. Universitas Jus. 21, 1-17, 2010.

<sup>270</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=09/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006)>. Acesso em: 30 Ago. 2018.



quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

#### 4.1.1 Conexão Fático da Decisão

O pai e a mãe da autora tinham relacionamento amoroso que foi rompido assim que o pai teve conhecimento que a gravidez tinha acontecido. Não houve reconhecimento do pai após o nascimento da autora, o vínculo somente foi estabelecido por sentença judicial em ação de investigação de paternidade. Apesar de o reconhecimento ter sido provado na ação, o pai não teve nenhum interesse de se aproximar da filha.

Posteriormente, o pai da autora veio a formar uma nova família onde ele veio a ter filho, contudo manteve a autora distante, inclusive passou a transferir patrimônio para os filhos advindos da nova família com a intenção de prejudicar a autora.

Após o ajuizamento da ação de compensação de danos morais em decorrência do abandono afetivo do pai em relação à filha, o réu alegou que até o reconhecimento da paternidade tinha dúvidas do vínculo biológico, mas que sempre pagou pensão alimentícia regularmente, ademais apontou que a sempre foi impedido de manter contato com a filha em razão do comportamento agressivo que a mãe da autora sempre teve com ele.

O Tribunal de São Paulo ao se debruçar sobre o caso decidiu que o réu tratou de maneira desigual seus filhos, dando aos filhos advindos do posterior casamento zelo e dedicação e manteve-se distante da autora durante toda a sua infância. A relatora do caso alegou que a conduta do pai violou os seguintes direitos da autora: a) igualdade (art. 5º, caput, incisos V e X da CF<sup>271</sup>); b) dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF<sup>272</sup>); c) assistência, criação educação e convivência (arts. 229 da CF<sup>273</sup>, 1.634 do CC<sup>274</sup> e 11 a 22 do ECA<sup>275</sup>). Sob

<sup>271</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Art. 5º, Incisos V e X. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

<sup>272</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Título I Dos Princípios Fundamentais, Art. 1º, inciso III. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

<sup>273</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, Art. 229. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

<sup>274</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V;

o fundamento de que o pai violou dever imposto pelo ordenamento jurídico, ao negar carinho e afeição à autora enquanto os amparava afetiva e materialmente os seus irmãos configuraria abandono moral grave e grande sofrimento à autora, o que impõe a obrigação de indenizar o dano sofrido. O dano moral foi ficado pelo Tribunal de São Paulo em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

O réu interpôs recurso especial alegando violação aos arts. 186, 944 e 1638 do Código Civil de 2002 e divergência jurisprudencial. Alegando que não havia abandono à filha, mas que se o tivesse feito, não seria ato ilícito, e que a única punição legal prevista para o descumprimento dos deveres advindos do poder familiar é a perda desse poder.

#### 4.1.2 Os Fundamentos da Decisão

De forma a analisar todos os argumentos usados para fundamentar a decisão, cabe agrupá-los na ordem em que o trabalho se desenvolveu e observar como cada conceito foi aplicado.

##### 4.1.2.1 *Aplicação do Princípio da Afetividade*

Aqui existe uma negação da faceta do princípio da afetividade que caracteriza um dever objetivo.<sup>276</sup> Representado pela Ministra relatora na expressão do amor, a afetividade foi considerada uma expressão de liberdade ao caracterizá-la como motivação de um ato volitivo, contudo, conforme o próprio raciocínio jurídico por ela utilizado, toda liberdade corresponde a uma responsabilidade.<sup>277</sup> Infere-se, portanto, que para o órgão julgador, o dever de cuidado advém do exercício da liberdade de afeto.

##### 4.1.2.2 *Entendimento quanto ao Poder Familiar*

---

Seção II Do Exercício do Poder Familiar; Art. 1.634. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)> Acesso em 20 Ago. 2018.

<sup>275</sup> BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90**. Título II Dos Direitos Fundamentais; Capítulo I Do direito à Vida e à Saúde; Arts. 11 a 22 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm). Acesso em: 20/08/2018

<sup>276</sup> CALDERON, R.L. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 Ago. 2018, p. 246.

<sup>277</sup> JUNIOR, O. L. R.; MAMEDE, G.; DA ROCHA, M. V. **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011, p 75.

Ao fazer referência ao poder familiar, a Ministra relatora utilizou-se da terminologia antiga (pátrio poder), contudo interpretou esse instituto com o entendimento atual de que o poder familiar corresponde mais a um dever dos genitores que um poder, devendo ser observado sob a ótica do princípio do melhor interesse do menor. Diante desse entendimento, pode-se dizer que, para a Terceira Turma, a destituição do Poder Familiar é direito do menor em abandono e não punição ao genitor abandonante.<sup>278</sup>

#### *4.1.2.3 Aplicação do princípio do cuidado*

A Ministra relatora, no exercício de fundamentação argumentativa, no que toca a aplicação do princípio do cuidado, considerou que esse instituto já é reconhecido como senso comum, que o dever de atenção com a prole não está mais em segundo plano no processo de criação. Para os julgadores, as próprias manifestações da autora demonstram que as manifestações psicológicas de cuidado é um fator essencial à formação de um adulto<sup>279</sup>.

Ademais, segundo a referida decisão, esse princípio é aplicável em razão da máxima amplitude das normas constitucionais, o que era vislumbrado na prática, que o cuidado fundamental para a formação do menor, além disso, ele não é atrelado ao sentimento de afetividade, mas ao cumprimento da obrigação objetiva de cuidar.<sup>280</sup>

Por fim, a relatora exemplifica os cuidados objetivos exigíveis legalmente. Nota-se que, apesar de elencadas condutas objetivas, ainda se deixou ao arbítrio dos magistrados considerarem o que é cuidado, ao considerar as “[...] outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador [...]”. Percebe-se desse trecho que, apesar de argumentado que o cuidado é uma norma aferível materialmente, ainda não se tem noção do seu escopo e limites, o que traz inevitável insegurança jurídica.<sup>281</sup>

#### *4.1.2.4 Aplicação da responsabilidade civil no direito de família*

Para a Terceira Turma, a aplicação da Responsabilidade Civil no Direito de Família não é limitada. Na decisão, foi realizada uma análise mais abrangente dos dispositivos

<sup>278</sup> LÔBO, P. L. N. **Do poder familiar**. Direito de Família e o novo Código Civil, v.3, 2003, pp. 177-189.

<sup>279</sup> ALFAIATE, A. R. **Autonomia e Cuidado**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA. O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.13.

<sup>280</sup> TUPINAMBÁ, R. C. **O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 363.

<sup>281</sup> ALVES, A. J. P. **O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental**. Revista Direito & Dialogicidade, v. 4, n. 1, 2013.

elencados, afastando o rigor positivista e empregando uma análise sistêmica do Direito<sup>282</sup>. Aponta que na delimitação normativa da responsabilização civil não há impedimento explícito de sua aplicação nas relações familiares, aplicando o argumento da possibilidade pela negativa de proibição: aquilo que não é proibido, permitido é.

#### *4.1.2.5 Do dever jurídico preexistente:*

Para caracterizar o dever jurídico preexistente os julgadores da Terceira Turma teceram a seguinte lógica: a) a reponsabilidade dos pais de criação de seus filhos advém da liberdade de afeto e de concepção; b) o poder familiar impõe dever de convívio, cuidado, criação e de educação, que somente podem ser cumprido satisfatoriamente se houver acompanhamento do desenvolvimento sócio psicológico da criança; c) o cuidado está, materialmente, incorporado no art. 227 da CF/88; d) existem diferenças conceituais e práticas entre o afeto e cuidado, o afeto é intangível e subjetivo, o cuidado é exigível e objetivo; e) o cuidado é imposição legal atrelado ao dever de criação, educação e companhia.

Observa-se que o cuidado como princípio jurídico ganhou força normativa nessa fundamentação, apesar de não haver expressamente a palavra princípio atrelada ao dever de cuidado, é possível perceber que essa imposição legal foi utilizada como norteadora do entendimento das normas já positivadas, havendo, portanto, reconhecimento do cuidado como princípio jurídico<sup>283</sup> pela Terceira Turma.

#### *4.1.2.6 Da conduta culposa do genitor*

Para a Ministra relatora, o descuido do pai com a prole constitui ilícito civil na forma de omissão, mas faz duas ressalvas no sentido descaracterizar a conduta culposa. A primeira ressalva é quanto algumas ações dos pais que acabem por causar distanciamento dos filhos não têm o condão de culpabilidade por serem direitos potestativos dois pais, e que quem exerce seu direito não causa dano a ninguém, para densificar o argumento, a ministra exemplificou algumas dessas ações como: o divórcio, separações temporárias, constituição de nova família, reconhecimento de orientação sexual, entre outros. A segunda ressalva é quanto à impossibilidade de prestação do dever de cuidado, que podem advir de limitações

<sup>282</sup> BAHIA, C. J. A.; BRAGA, R. P. A prática argumentativa no ensino jurídico como mecanismo de efetivação de direitos fundamentais. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**: Divisão Jurídica, v. 50, n. 65, 2017.

<sup>283</sup> TUPINAMBÁ, R. C. **O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 363.

financeiras, distâncias geográficas e, inclusive, a alienação parental em seus diversos níveis.

Para caracterizar a culpa na lide apresentada, a ministra relatora apontou o distanciamento intencional do pai, que já era evidente a presunção da paternidade antes mesmo do seu reconhecimento legal, que se deu de forma dificultosa. Após o reconhecimento a ministra apontou que a falta de contato foi quase total e que ainda havia tratamento desigual entre a autora e os irmãos por parte do pai. Essa conduta foi considerada ilícita pela ministra.

Cabe apontar que em relação ao abandono flagrante, caso dos autos, a ministra vislumbrou com facilidade a conduta antijurídica, apesar de elencar como excludentes de ilicitude os direitos potestativos do pai de se divorciar e constituir nova família, concluiu que o ato ilícito adveio da intenção de se afastar quase que completamente da filha e de diferenciá-la em relação à criação de seus irmãos. Nota-se que em um primeiro momento há uma análise da culpa em seu sentido *stritu senso* ao apontar a conduta como negligência<sup>284</sup>, quanto ao dever de cuidado na criação da filha. Em um segundo momento, a conduta do pai de privilegiar parte de sua prole em detrimento da sua filha se aproximar da intenção dolosa<sup>285</sup>, uma vez que havia a intensão do pai favorecer os filhos advindos do casamento. Há, portanto, na mesma conduta ilícita omissões ligadas a negligência quanto ao dever de cuidar, e dolo quanto a imposição legal de não tratar os filhos diferenciadamente.

Ademais quanto as excludentes de ilicitudes, a ministra retira a culpabilidade<sup>286</sup> advindo do Abandono Putativo, por considerar que quem é impossibilitado de prestar um dever, não deve ser responsabilizado por isso. Também faz menção expressa quanto à alienação parental como possível excludente de ilicitude.

Por fim, o Abandono Descurado permaneceu sem esclarecimento mais aprofundado, apesar da ressalva quanto ao exercício dos direitos potestativos dos pais, o liame entre o que é direito do pai e direito do filho ainda restou em aberto, como por exemplo as separações temporárias, qual seria o tempo necessário para caracterizar o abandono do filho? Essa abertura, inevitavelmente, traz a discussão da gravidade da culpa como grave, leve e levíssima<sup>287</sup>, que não encontra respaldo no conceito abstrato de ato ilícito aplicado pelo Código Civil.<sup>288</sup>

#### 4.1.2.7 Da configuração do Nexo Causal

<sup>284</sup> CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 49-50.

<sup>285</sup> Idem, pp. 55-56.

<sup>286</sup> Idem, ibidem.

<sup>287</sup> Idem, pp. 56-58.

<sup>288</sup> PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil, Vol. I**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p 551.

Com intenção de configurar o elo entre a conduta do pai e o dano sofrido pela filha, a ministre relatora apontou que o tratamento de afastamento aplicado pelo pai, somado ao fato dele tratar, comprovadamente, de modo desigual os seus filhos, causou sofrimento a autora. Aponta ainda que esse sentimento que a autora sempre terá, teve causa perante as omissões do pai no exercício do seu dever de cuidado, e suas ações em relação ao modo que privilegiou parte de seus filhos em detrimento da autora.

Ao aplicar a teoria da Causalidade Adequada<sup>289</sup> ao caso, infere-se que as condutas do pai de omissão de cuidado e de privilegiar os filhos advindos do casamento posterior foram causas determinantes para o sofrimento da filha. Contudo, ao apontar o dano concreto advindo da conduta ilícita, a ministra relatora apontou que a apesar do tratamento do pai, a filha conseguiu se desenvolver adequadamente. Contraditoriamente, essa afirmativa romperia o nexo causal entre a conduta e o dano, uma vez que a conduta do não teve elo direto com a criação da autora. Todavia, considerou que o dano é presumido, *in re ipsa*, e o elo causal advém dos sentimentos de sofrimento, mágoa e tristeza causados pelo fato de o pai a considerar a filha nascida relacionamento anterior ao casamento como de segunda classe.

#### 4.1.2.8 Da configuração do Dano

O dano vislumbrado pela Ministra julgadora no caso foi o dano moral, ou extrapatrimonial. Como já percebido na análise do nexo causal, o dano moral foi presumido, havendo, inclusive reconhecimento pela ministra de que apesar da conduta ilícita do pai, não houve consequências objetivas no desenvolvimento durante a criação da autora.

Para caracterizar o dano, argumentou-se que as meras condutas de omissão de cuidado e de favorecimento de uma parte da prole já são por si só, capazes de causar dano moral e que, portanto, não é necessária a prova das consequências psicológicas advindas dessas condutas. Contudo noutro momento, a Ministra relatora aponta que o dano pode ser comprovado por laudo de especialista no ramo da psicologia.

Esse entendimento impõe consequências na forma em que a conduta é avaliada pelo julgador. O Ministro Massami Uyeda, em seu voto de divergência, apontou que o Abandono Afetivo somente seria possível se houvesse omissão total do dever de cuidado do genitor, invocando a natureza delicada dos relacionamentos familiares. No mesmo sentido entenderam os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Sidnei Beneti, considerando que apenas o

---

<sup>289</sup> FILHO, C. S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 69-71.

abandono completo e notório do filho é capaz de sanção pela Responsabilidade Civil. Portanto, se o abandono do genitor for tamanho a ponto de configurar o Abandono Afetivo, conseqüentemente, o dano sofrido pelo filho sempre será *in re ipsa*, uma vez que a forma presumida do dano extrapatrimonial somente pode ser utilizada se o grau reprovação da conduta for elevado<sup>290</sup>. O que leva ao seguinte raciocínio: a Responsabilidade Civil no abandono afetivo somente será configurada nos casos de omissão total do cuidado, independentemente da caracterização ou do dano sofrido pelo menor, sendo a própria extensão e conseqüências danosas do ato irrelevantes para os casos, por exemplo, de Abandono Descurado.

Isto posto, conclui-se que para a Terceira Turma do STJ o Abandono Afetivo se configura somente com a análise da gravidade do ato ilícito, sendo a existência concreta e a extensão do dano sofrido fatores irrelevantes para a caracterização da Responsabilidade Civil, tendo utilidade somente para a fixação do valor compensatório.

#### 4.2 ANÁLISE DO RESP 1.579.021/RS

A Quarta Turma do STJ foi a primeira a se debruçar sobre a tese do abandono afetivo em 2005. No REsp 757.411/MG<sup>291</sup>, o Ministro Fernando Gonçalves considerou que não havia como o Estado compelir um pai a amar o filho, não havendo o necessário dever jurídico preexistente para configurar o ato ilícito, e que a suspensão e extinção do poder familiar já seriam as punições civis cabíveis nos casos de abandono. A partir de então a Quarta Turma sempre entendeu pela

Esse precedente foi utilizado pela Quarta Turma até o dia 19 de outubro de 2017, onde a Ministra Maria Isabel Galotti no REsp 1.579.021/RS<sup>292</sup> deu novo fundamento a negativa do Abandono Afetivo. De forma a contrapor o entendimento firmado pela Terceira Turma, em um caso bastante semelhante ao julgado do REsp 1.159.242/SP<sup>293</sup>, a Ministra

<sup>290</sup> CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 127.

<sup>291</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757411/MG**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 29/11/2005. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=09/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006)>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

<sup>292</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**. Relator: Min<sup>a</sup>. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201600111968&dt\\_publicacao=29/11/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017)>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

<sup>293</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Relator: Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=09/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006)>.

Gallotti aponta que o cuidado afetivo não pode ser exigido pelo Estado.

Essa decisão passou a ser usada como precedente pela Quarta Turma como paradigma, suplantando o entendimento firmado no REsp 757.411/MG. Por essa razão, o contexto fático e os fundamentos desse novo paradigma merecem análise para se compreender a outra vertente do entendimento sobre a matéria no Superior Tribunal de Justiça atualmente.

Mais uma vez, é prudente que se transcreva a ementa da decisão para dar um panorama geral sobre a matéria julgada:

CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial. 2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos (Código Civil, art. 206, §3º, V).

2. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito.

3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4ª Turma.

4. Hipótese em que a ação foi ajuizada mais de três anos após atingida a maioridade, de forma que prescrita a pretensão com relação aos atos e omissões narrados na inicial durante a menoridade. Improcedência da pretensão de indenização pelos atos configuradores de abandono afetivo, na ótica do autor, praticados no triênio anterior ao ajuizamento da ação.

4. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido.

#### 4.2.1 Contexto Fático da Decisão

A autora é fruto de relacionamento apartado do casamento. Na constância desse casamento o genitor teve dois filhos com sua cônjuge, meios-irmãos da autora. O vínculo parental da autora com o pai somente foi reconhecido por decisão judicial, contudo, mesmo após o reconhecimento da filiação, o genitor nunca manteve contato com a autora. Inclusive houve transferência de patrimônio por parte do genitor para os filhos concebidos dentro da constância do casamento, favorecendo-os em detrimento da autora. Em algum momento a autora teve envolvimento com o uso de drogas e atribuiu seu comportamento ao abandono do seu genitor.

Atingida a maioridade, a autora ajuizou ação reparatória de danos morais em desfavor do seu genitor, alegando que o abandono afetivo e a falta de cuidado durante o seu



desenvolvimento acarretaram grande sofrimento para a autora e consequências nefastas para a sua saúde mental.

No primeiro grau de jurisdição, o juiz considerou os pedidos da autora procedentes e condenou o genitor ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Ambas as partes apelaram ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A autora se insurgiu contra o valor arbitrado, apontando a extensão do dano moral sofrido por ela, assim como o elevado padrão de vida do genitor. Já o seu pai recorreu alegando que nunca houve qualquer vínculo familiar e afetivo entre as partes e que o afeto não pode ser considerado uma obrigação jurídica; que houve prescrição da pretensão da autora e que, caso mantida a condenação, que os danos morais foram fixados em patamares exorbitantes.

O TJRS ao julgar o feito considerou que o abandono afetivo é possível somente quando já havia uma relação de afeto entre o genitor e sua prole e, posteriormente, com a sua separação, o genitor se afasta injustificadamente do seu filho. No caso, por considerar que nunca houve convívio e afeto entre as partes, não se pode condenar o genitor pelo seu afastamento, não sendo configurado o ato ilícito.

Diante dessa decisão a autora interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, alegando violação aos Arts. 535 do Código de Processo Civil; 22 do ECA; 186, 189 e 927 do Código Civil e 227 da Constituição Federal; além de alegar que a decisão do TJRS contrariou entendimento fixado pela Terceira Turma do STJ no REsp 1.159.242/SP. Esse recurso foi distribuído à Quarta Turma de Direito Privado, sendo a Ministra Maria Isabel Gallotti relatora do caso.

#### **4.2.2 Os Fundamentos da Decisão**

Para manter a coerência da pesquisa e manter a uniformidade na utilização da Metodologia de Análise de Decisões<sup>294</sup>, a análise feita no item 4.1.2 deste trabalho será realizada da mesma forma neste item. Para tanto, serão analisados todos os argumentos usados para fundamentar a decisão, agrupando-os na ordem em que o trabalho se desenvolveu com a intensão de estudar como cada conceito foi aplicado.

##### *4.2.2.1 Aplicação do Princípio da Afetividade*

---

<sup>294</sup> FILHO, RF; LIMA, TM. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD.**: Decision Analysis Methodology - DAM. Universitas Jus. 21, 1-17, 2010.

Ao aplicar o princípio da afetividade em sua fundamentação a Ministra relatora considerou que a afetividade não é um dever jurídico. Para a Ministra, a convivência forçada acabaria por causar mais danos psicológicos, morais, religiosos e jurídicos, em suma, ao desenvolvimento sadio do menor, do que se houvesse distância entre o genitor e a prole. Por fim, a Ministra aponta que a afetividade, apesar de não ser dever jurídico, deve ser levada em conta pelo juiz quando lhe cabe à análise de quem seria o agente mais qualificado para a criação do menor em casos de conflito, podendo recair a um só dos pais, como até mesmo parentes afastados e estranhos, como são os casos de quem exerce a função de guardião e de tutor do menor.

No que se refere à análise do princípio da afetividade nos argumentos elencados acima, é possível observar que ele é utilizado de forma bem restritivo pela Ministra julgadora. A sua faceta objetiva e obrigacional<sup>295</sup> já é de pronto afastada. Já o lado de formação familiar, de compasso quanto à estabilidade familiar<sup>296</sup>, é admitido pela Ministra, que considera que nos momentos de conflito, o menor deve ficar aos cuidados de quem tem mais afeto por ele. Nota-se que a Ministra atrela a afetividade ao dever de guarda, mas não ao Poder Familiar, que não se extingue com a separação dos genitores.

Para a Ministra, qualquer exigência além do sustento, guarda e educação dos filhos não encontra respaldo na normatização jurídica, as demais garantias constitucionais, como a convivência familiar, devem ser observadas apenas como um ideal nas relações familiares. Esse entendimento vai contra a doutrina que defende que os Direitos da criança e do Adolescente devem ser observados de acordo com o princípio do melhor interesse do menor<sup>297</sup>, que cumulado com os deveres advindos do poder familiar<sup>298</sup> e o princípio da dignidade humana<sup>299</sup>, apontam obrigações aos pais além da manutenção material e educacional dos filhos. Contudo, esse entendimento é defendendo por autores que não vislumbram a obrigação além do sustento material e intelectual, por acabar por impor um dever jurídico de amar.<sup>300</sup>

<sup>295</sup> CALDERÓN, R.L. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

<sup>296</sup> CALDERON, R.L. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 Ago. 2018, pp 190-192.

<sup>297</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio (pp 201-214). Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000, p. 203.

<sup>298</sup> DOS SANTOS PONTES, L. P. **Entre o dever de vigilância e o direito à privacidade da criança e adolescente**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v.1, n. 1, 2015, p. 111.

<sup>299</sup> SOBRAL, M. A. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 81, 2010.

<sup>300</sup> ALVES, A. J. P. O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental. **Revista Direito &**

#### 4.2.2.2 Entendimento quanto ao Poder Familiar

A Ministra relatora ao elencar os deveres decorrentes do poder familiar, apontou que nos casos de descumprimento das obrigações de sustento, guarda e educação, a legislação prevê a perda do poder familiar como punição. Ademais apontou que, além desses, existe apenas a obrigação de prestação de alimentos, no plano material.

A Quarta Turma ao analisar os deveres inerentes ao poder familiar vislumbra apenas os deveres de guarda, sustento e educação. Contudo a relatora não faz menção a sua relação com o art. 227 da Constituição Federal<sup>301</sup>. A Ministra, ao elencar as normas jurídicas relacionadas ao Abandono Afetivo no Código Civil aponta os Arts. 1566<sup>302</sup> e 1.634<sup>303</sup>, dando mais ênfase ao dever de guarda. Contudo, o poder familiar é a norma jurídica que vincula os pais aos filhos, até porque a guarda pode ser exercida por qualquer pessoa, dada a circunstância, já o poder familiar somente é exercido pelos pais e independe da situação que se encontra o relacionamento dos genitores.

Interessante a Ministra utilizar o Art. 1566 para fundamentar os deveres inerentes aos filhos, uma vez que essa parte do Código Civil está voltada para a Eficácia do Casamento (Capítulo IX), o que representa as obrigações de um cônjuge para com o outro e não do genitor com a prole, o Art. 1566, Inciso IV, garante que um cônjuge pode exigir do outro o dever de sustento, guarda e educação dos filhos em conjunto, mas não diz respeito aos direitos que os filhos podem demandar dos seus pais. Esses deveres estão fixados no Art. 1634, que está na seção do Código Civil que regula as Relações de Parentesco, em específico, o Poder Familiar. Esse dispositivo obriga, também, o exercício da guarda pelos pais, mas, além disso, impõe o dever de “dirigir-lhes a criação e a educação”, o que amplia o escopo das obrigações parentais.<sup>304</sup>

#### 4.2.2.3 Aplicação do princípio do cuidado

---

**Dialogicidade**, v. 4, n. 1, 2013.

<sup>301</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Capítulo VII; Art. 227. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

<sup>302</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo IX Da eficácia do Casamento; Art. 1566. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm). Acesso em: 10 Ago. 2018.

<sup>303</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02**. Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo V; Seção II Do Exercício do Poder Familiar; Art. 1.634. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

<sup>304</sup> DOS SANTOS PONTES, L. P. **Entre o dever de vigilância e o direito à privacidade da criança e adolescente**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v.1, n. 1, 2015, pp. 111-112.

A análise que a Ministra relatora faz da aplicação do princípio do cuidado é um dos pontos-chaves da decisão. A Ministra aponta que o dever de cuidado, propriamente dito, se delimita ao dever de sustento, guarda e educação e que qualquer exigência além desse escopo escapa à tutela jurisdicional e que essa extrapolação do dever de cuidar impõe um cuidado afetivo. Comparando a presente decisão ao REsp 1.159.242/SP, o que a Ministra Nancy Andrighi considerou como dever jurídico de Cuidado, a Ministra Maria Isabel Gallotti considerou como Cuidado Afetivo ou, dever de Cuidar Afetuosamente<sup>305</sup>, e apontou que essa conduta não está abarcada pelo ordenamento jurídico.

Para a Ministra Maria Isabel Gallotti, o cuidado afetivo está relacionado com as particularidades da vida privada de cada família. Para fundamentar seu argumento, a Ministra equiparou o cuidado com a afetividade, ao considerar que a incapacidade de amar é o mesmo que a incapacidade de cuidar afetivamente, que por muitas vezes advém de circunstâncias da criação e da personalidade do próprio genitor.

Esse entendimento garante uma maior liberdade de atuação do pai, que em qualquer tipo de distanciamento, poderá se desvencilhar de qualquer ônus quanto aos seus deveres de convívio e educação caso cumpra com a obrigação material de prestar alimentos. A definição de cuidado utilizada pela doutrina faz uma clara diferenciação do dever objetivo de cuidado ao apontar que o cuidar é ter zelo, preocupação e responsabilização. É, em suma, obrigação que permite o desenvolvimento afetivo, mas não impõe o afeto em si.<sup>306</sup>

A Ministra relatora entende que essa imposição importaria uma relação de maior animosidade, ao obrigar uma pessoa a se relacionar com quem ela não quer e, portanto, causa a deterioração do afeto e não seu florescimento, consequência normalmente ligada à imposição do afeto como dever.<sup>307</sup> Mas, conforme observado neste trabalho, o cuidado não tem como objetivo principal a relação de afeto, mas sim a proteção do bem tutelado, é a preocupação que o genitor deve ter de que sua prole está se desenvolvendo não só fisicamente, mas também psicologicamente. Extraí-se dessa análise que a Ministra relatora ao fundir os dois princípios, utilizou-se de conceitos relacionados apenas à afetividade para afastar a pretensão da autora.

No mesmo julgado, em voto vencido, o Ministro Marco Buzzi entendeu que é sim

<sup>305</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS**. Relator: Min<sup>a</sup>. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201600111968&dt\\_publicacao=29/11/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017)>. Acesso em: 20 Set. 2018, p. 3.

<sup>306</sup> BOFF, L. **Saber cuidar**: ética do humano. 10<sup>a</sup>. Ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2004, p. 34.

<sup>307</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Repertório de Jurisprudência IOB, v.3, n.13, 2006, p. 2.

possível a tese do Abandono Afetivo pela ausência ou precariedade de cuidado e afastou a condenação do genitor apenas porque considerou que a prescrição da pretensão autoral já tinha ocorrido. Para o Ministro, o dever de cuidar está presente em diversos preceitos constitucionais e infraconstitucionais e apontou que:

[...] analisando-se o ordenamento positivo, a par de inexistir um dever de amar, observa-se que aos pais compete o dever de sustento, guarda e educação dos filhos em fase de crescimento, deveres esses que apenas sob uma perspectiva simplista poderiam ser compreendidos de forma exclusivamente patrimonial, haja vista a expressa determinação legal quanto às obrigações de criar e educar. Portanto, o interesse subjacente às demandas que envolvem abandono afetivo funda-se no dever normativo expresso dos pais de educarem e criarem seus filhos. E, nesse sentido, pode-se concluir pelo merecimento de tutela jurisdicional.

Quanto ao entendimento dos conceitos atrelados ao cuidado como princípio jurídico, o Ministro apontou como esses conceitos se conjugam com as obrigações de criar e educar.<sup>308</sup>

#### *4.2.2.4 Aplicação da responsabilidade civil no direito de família*

Quanto à aplicação da responsabilidade civil no direito de família, a Ministra relatora entende que não há especificidades quanto a sua aplicação. Havendo dever jurídico preexistente, conduta antijurídica culposa, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano e dano suscetível de indenização, é possível a aplicação do instituto no âmbito familiar. Contudo, a sua aplicação quanto à forma de convivência familiar, a relatora entendeu que o Poder Judiciário não pode regular o modo que se dá o sustento, guarda e educação dos filhos, ficando restringido apenas à suspensão ou destituição do poder familiar. Para a Ministra regulamentar a convivência entre pais e filho com sanção indenizatória apenas dificultaria a reaproximação futura dos envolvidos.

Nota-se que para a maioria da Quarta Turma, a proteção de uma eventual conciliação dos entes familiares tem mais valor que a reparação por danos causados por suas condutas. Esse entendimento acaba por tolher da vítima do dano do seu direito de escolha, cabe ao sujeito que teve seu bem jurídico violado decidir se pretende uma possível aproximação do seu ofensor ou não. O raciocínio empregado pela Ministra relatora priva o direito do ofendido de compensar um dano existente e concreto em detrimento de uma possibilidade futura de reconciliação que pode ou não ser de seu interesse. Consequentemente, considerar que não cabe a utilização do instituto da responsabilidade civil nas relações entre pai e filho vai contra

<sup>308</sup> TUPINAMBÁ, R. C. O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA. **O Cuidado como Valor Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

o que dispõe o Art. 5º, Inciso XXXV da Constituição Federal<sup>309</sup> que dispõe em seu texto: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Em outras palavras, esse entendimento fere o Direito Fundamental de Acesso à Justiça dos ofendidos.

#### 4.2.2.5 Do dever jurídico preexistente:

Para a maioria da Quarta Turma, impor o dever de cuidado, ou como denominado pela Ministra relatora, dever de cuidar afetuosamente seria o mesmo que impor dever de amar. Dessa concepção, a turma julgadora argumenta que não existe no ordenamento jurídico qualquer dever jurídico de amor ou afeto. Ademais a Ministra relatora aponta que a convivência familiar não é matéria a ser regulada ou imposta pelo Estado, sendo objeto de decisão restrito apenas ao arbítrio das famílias.

Diante dessa afirmativa extrai-se a negação do cuidado como princípio jurídico, assim como a relação feita pela doutrina e pela Terceira Turma entre a Constituição e o princípio da proteção integral do menor e o dever de criação imposto aos pais pelo poder familiar. Apesar de afastar todo esse raciocínio jurídico, a Ministra relatora não apresenta outro argumento a não ser a impossibilidade de impor dever de amor. Como fonte de argumentação nesse sentido a Ministra transcreve artigo jornalístico publicado no Jornal Estadão intitulado “O Afeto e a Bolsa” escrito por Miguel Reale Júnior. O fato desse tipo de artigo ter pouca validade científica, por não haver avaliação e revisão crítica realizada por pares, não é o único problema observado pela fundamentação empregada pela Ministra, mas também o comentário considerado por ela como de destaque:<sup>310</sup>

Cuidar de criança ou adolescente é um dever, mas dentro de quais limites legais? O Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem que cumpre aos pais prover alimentos: nutrição, saúde, habitação e educação. No Código Penal estatui-se ser crime o abandono material e intelectual consistente em deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do filho ou sua instrução. No campo do direito não se confunde cuidado com cuidar afetivamente.

Primeiramente o autor admite a existência do cuidado como dever jurídico. Contudo ao apontar os seus limites ele simplifica os deveres parentais aos de prover nutrição, saúde, habitação e educação, sem fazer menção aos direitos dos menores positivados nesses mesmos códigos, como, por exemplo, a proibição de tratamento desigual e o dever de convívio

<sup>309</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais; Capítulo I Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; Art. 5º, Inciso XXXV. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

<sup>310</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **O afeto ou a bolsa**. Jornal Estadão. São Paulo. Publicado em 2 de junho de 2012. Opinião. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,o-afeto-ou-a-bolsa-imp-,881355>>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

familiar.

Outro problema é o anacronismo da comparação das obrigações parentais atuais com os tipos penais que tutelam o abandono. Como já estudado neste trabalho, esses tipos penais foram criados na primeira metade do século XX, uma época onde não havia preocupação com o interesse do menor, mas como forma de defesa da própria sociedade contra o aumento da população de jovens em situação de rua e a então recente percepção de que o jovem educado servia como valiosa fonte de mão-de-obra.<sup>311</sup> Desse modo a Ministra relatora nega a existência de dever jurídico preexistente, contudo não há uma argumentação contra os conceitos atuais de cuidado e proteção integral do menor.

A análise do Abandono Afetivo pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça termina com a negação de dever jurídico preexistente referente a um cuidado além do sustento, guarda e educação. Para continuar a análise da responsabilidade civil é preciso que a conduta culposa viole uma norma jurídica preexistente (responsabilidade extracontratual subjetiva) o que prejudica a análise dos demais pressupostos da responsabilidade civil.<sup>312</sup>

Com isso conclui-se o desenvolvimento da pesquisa. Como exposto na introdução, agora o autor irá fazer considerações finais sobre o estudo realizado e apontar suas percepções sobre o tema e como os conceitos apresentados e estudados têm importância para o mundo acadêmico e jurídico, indicando, por fim como as futuras pesquisas podem se beneficiar pelo trabalho realizado nessa monografia.

---

<sup>311</sup> TRINDADE, Judite Maria Barbosa. O abandono de crianças ou a negação do óbvio. **Revista brasileira de história**, 19 (37), 1999, pp 35-58.

<sup>312</sup> PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil, Vol. I**. 24<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 548.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O abandono afetivo orbita em uma área cinzenta do Direito Civil, mais especificamente nos limiares do Direito de Família e da Responsabilidade Civil. A sua caracterização traz dificuldades não só de compreensão quanto aos bens, valores e normas jurídicas atreladas, mas também quanto ao próprio manuseio desses conceitos pelos operadores do Direito. Não há ainda uma formula que define especificamente quais são os deveres inerentes à condição de pai e quais são os direitos que os filhos podem exigir deles. Essas dificuldades, conforme foi o observado com o desenvolvimento da pesquisa se dá principalmente por três razões: as mudanças axiológicas envolvendo os valores familiares e os próprios direitos de afetividade e liberalidade de seus membros que foram incorporadas ao ordenamento jurídico, contudo sem abrir mão dos valores patrimoniais e patriarcais do passado; a dificuldade de mensurar os limites desses novos valores atrelados ao direito de família, havendo equívocos quanto a sua restrição excessiva e quanto a sua abrangência demasiada; a simplificação de um fenômeno familiar complexo, que extrapola a esfera jurídica e adentra a ética, a sociedade e a psicologia estressando os limites da absorção de situações fáticas extremamente complexas às normas abstratas de direito.

O direito de família enfrenta uma grave crise de identidade, digna de comparação às mazelas psicológicas da esquizofrenia, especificamente no que toca ao distúrbio da dupla personalidade. O direito de família atual quer, ao mesmo tempo, defender o patrimônio familiar, a unidade e moral familiar e o patriarcado; enquanto garante os direitos individuais de seus membros, a relevância afetiva nas relações familiares, a multiparentalidade, a proteção integral da criança e do adolescente e etc. Essa dicotomia funciona até certo ponto, ou como dizem os psiquiatras, enquanto uma personalidade não tem consciência da outra, o problema começa a ocorrer quando as situações fáticas da vida impõem que as duas personalidades se digladiem para escolher qual será a vencedora para resolver essa situação. O mesmo ocorre com o abandono afetivo, ele está em uma área fática que fica nomeio de valores antagônicos defendidos pelo mesmo corpo jurídico, isso explica o porquê dos entendimentos diversos não só da doutrina, mas das próprias decisões judiciais. O mesmo tribunal, confrontado com a mesma situação fática, utilizando os mesmos conceitos jurídicos, possui entendimentos diametralmente distantes. Essa anarquia jurídica é extremamente prejudicial não só para o jurisdicionado, que depende inteiramente da sorte para saber se sua pretensão judicial terá sucesso, mas também para o próprio Estado de Direito, que está sendo



incapaz de apaziguar os conflitos sociais.

Para combater esse problema é preciso que haja estudos cada vez mais refinados quanto aos valores envolvidos no ato de abandono do pai em relação ao seu filho, para entender como esses valores, aparentemente antagônicos, podem se conjugar de modo a dar uma solução satisfatória para sociedade. Essa pesquisa aponta que a resposta não está nem na empolgação de alguns autores na aplicação da afetividade como dever, nem na negação da responsabilidade do pai no desenvolvimento moral e psicológico da sua prole. Penso que uma tímida solução está surgindo com o entendimento de que a obrigação do pai não está atrelada a um dever de afeto, amor, amizade, ou qualquer termo utilizado pelos operadores do direito para caracterizar a relação de sentimentos subjetivos que os seres humanos utilizam para valorar internamente a relação com o seu próximo, o caso do pai com o filho. Mas nasce de uma obrigação legal de preocupação com o a criação digna dos pais para com seus filhos. Essa obrigação não nasce de espontaneidade dos sentimentos de afeto, mas do cuidado que o Estado transfere aos pais, por meio do poder familiar (não do dever de guarda), de garantir que o filho nascido será cuidado ao ponto de desenvolver sua própria autodeterminação moral e intelectual, ou seja, que aos pais é incumbido o dever de criação digna dos seus filhos.

O dever de cuidado não é nenhuma novidade no ordenamento jurídico, inclusive, está atrelada à própria teoria geral da obrigação geral do direito quando se refere ao dever de “não causar dano a ninguém”, ou em um comando de ação positiva “dever geral de cuidado”. Esse dever é observado em todas as esferas do Direito, inclusive na processual, observado no poder/dever geral de cautela do magistrado de garantir o resultado útil do processo. Em uma analogia simples, é o que se exige dos genitores, o poder/dever de garantir que a sua prole resulte em um ser humano digno, saudável e educado. Considerar que essa exigência se limita ao suporte material é negar a aplicação de dispositivos Constitucionais (Art. 227 da CF) e infraconstitucionais (arts. 4º e 5º do ECA). Mas mesmo que essas garantias de desenvolvimento digno não estivessem positivadas, ainda assim seriam exigíveis dos pais, uma vez que o ECA garantiu a Criança e ao Adolescente o seu reconhecimento como Pessoas de Direito e, portanto, todas as garantias fundamentais são também estendidas a eles. Ocorre que a Constituição resolveu dar ao menor uma proteção especial, decorrente da sua especial situação de desenvolvimento físico, social, psíquica, moral e intelectual. Diante disso, fica clara a intensão de proteção integral do menor, em todos os seus aspectos. Essa proteção exige de todos (Estado, sociedade, família) cuidado com o desenvolvimento do menor, contudo cobra especialmente dos pais esse dever, ao atribuir-lhes o dever de dirigir a criação e a educação do menor.

Por essa razão o dever de cuidado que o genitor tem com a sua prole não advém do dever de guarda, mas do próprio poder familiar, uma vez que o verbo dirigir explicitado no art. 1634, inciso I, do Código Civil, tem dupla ordem legal: o primeiro é no sentido de comandar a criação e a educação do filho; o segundo é o sentido de ministrar o próprio desenvolvimento e a educação do filho. Esse dever, logicamente, deve ser conjugado com os direitos fundamentais garantidos ao menor, portanto, cabe aos pais, por escolha do legislador, serem os sujeitos que tem mais deveres de cuidado com o desenvolvimento do filho, uma vez que é sua incumbência a criação do menor, e é exigência legal do estado que esta se dê forma digna. Para reforçar essa intenção, o art. 227 da Constituição utiliza os termos “absoluta prioridade” para assegurar os direitos do menor e os termos “coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, [...]” para reforçar que os seus direitos devem ser defendidos de qualquer tipo de ameaça, inclusive as advindas das condutas de seus pais, uma vez que não há ressalva nesse sentido no texto constitucional.

O que causa espécie nos operadores do direito é a utilização, ou qualquer referência a Afetividade como dever jurídico. Como a própria denominação da tese é Abandono Afetivo, é inerente ao operador do direito ligar a conduta antijurídica com a ausência de afeto do pai com filho e não aos deveres objetivos de garantia de desenvolvimento digno da prole. De fato, o sentimento é um valor absolutamente subjetivo, nós não só não temos controle de como nossos sentimentos irão reagir a uma determinada situação, como não somos capazes de nos autos impor um sentimento quanto a uma determinada pessoa ou objeto. Esse tipo de exigência, me parece, tem gênese nos valores católicos atrelados ao direito e a sociedade ocidental, onde sempre houve a imposição do amor (ou do não amor), seja por Deus, por seu cônjuge ou mesmo por seus filhos. Essa característica da sociedade ocidental sempre foi base de grandes sofrimentos, retratados em obras como Romeu e Julieta, o Drama de Édipo e outros inúmeros romances que remontam o amor proibido ou o descaso de quem lhe deveria amar. De fato, a imposição de qualquer sentimento foi causa de sofrimento humano. Em contraste a essa imposição, a determinação do dever de cuidar sempre foi aceita e, inclusive, incorporada ao direito como valor natural de preocupação com a esfera de bem-estar do próximo. Basta utilizar o modo imperativo de conjugação dos dois verbos, ame e cuide, e poderá se visualizar qual comando é mais razoável de ser exigido pelo Estado.

O valor jurídico que o afeto passou a ter é exatamente para resguardar o direito dos seus tutelados de ter seus sentimentos e escolhas de afeto ter as mesmas repercussões jurídicas que os atos jurídicos formais garantem aos indivíduos. O seu reconhecimento é desdobramento o novo campo de estudo dos direitos fundamentais, principalmente quanto ao

princípio da dignidade humana que é tão mencionada, mas pouco entendida. Esse conflito de normas que emanam da dignidade é sintoma decorrente da capacidade de percepção do ser humano quanto ao conhecimento desse direito. Em outras palavras, o conflito está ligado com o processo de estudo e de maturidade científica desse princípio. Consequentemente a aplicação da afetividade, que tem gênese no princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, encontra seus limites nele próprio.

Garantir que as relações afetuosas sejam reconhecidas pelo direito é um avanço quanto ao entendimento da dignidade desses sujeitos, ao mesmo tempo em que a percepção de que a exigência dele como obrigação nas relações familiares fere a dignidade desses mesmos sujeitos também é um avanço quanto ao entendimento desse valor jurídico. O que se pode concluir desse raciocínio é que a tese do abandono afetivo como exigência de afeto fere a dignidade dos pais ao obrigá-los a provar sentimentos de afeto para com seus filhos. Contudo a exigência de cuidado desses pais para que os filhos se desenvolvam dignamente é plenamente aceitável. O que leva a sugestão da mudança da denominação da tese de abandono afetivo para abandono incauto, que remete ao dever de cautela de quem tem a responsabilidade do desenvolvimento de um bem jurídico.

O que leva ao problema final da caracterização da tese do abandono por ausência de cuidado, ou abandono incauto, que é a efetivação do direito material do filho de ser indenizado pelos danos sofridos pela negação desses deveres jurídicos por parte do pai. A tarefa dos operadores do direito é difícilíssima, uma vez que impõe a utilização de conceitos jurídicos ainda fluídos em contraposição a uma realidade fática extremamente diversa. Em razão disso, o exercício de argumentação da tese na responsabilidade civil encontra obstáculos em todos os seus elementos, desde a exigência da obrigação extracontratual (dever jurídico preexistente) de cuidar, como a caracterização da conduta culposa, a necessária ligação entre essa conduta e o dano sofrido pelo menor e a própria caracterização e mensuração desse dano. Conforme o raciocínio empregado anteriormente, em minha opinião, o dever jurídico de cuidado para além do sustento material é exigível e constitui obrigação jurídica extracontratual. Contudo a caracterização do ato ilícito deve ser apurada com muito cuidado para não desvirtualizar os fundamentos utilizados, e nem lhes negar vigência.

A tarefa de padronizar uma conduta tida como ideal para que se exija a condenação de quem age de forma diversa é quase impossível com os parâmetros atuais de relações parentais. Isso demanda uma análise profunda do caso concreto em especial quanto à conduta culposa do pai e o dano sofrido pelo filho. A dinâmica das relações familiares e a diversidade de suas características impõem ao julgador sempre a cautela de não obrigar o pai a seguir uma

determinada conduta que fira a sua dignidade e liberdade pessoal ao mesmo tempo em que deixe em desalento o filho que tem em risco o seu próprio desenvolvimento sadio.

Como forma de exemplificar os tipos básicos de conduta atrelados ao abandono afetivo, propus a sua divisão em abandono putativo, flagrante e descurado. Dessa forma é possível visualizar com alguma clareza os casos mais notórios de abandono. O abandono putativo não pode ser alvo de pretensão indenizatória, pois nesses casos o pai nunca teve a oportunidade de exercer o seu dever de cuidado, seja por ignorância do seu estado de pai, ou pela alienação parental absoluta, que impede que ao pai qualquer exercício do poder familiar. Claro que há casos de alienação parcial em que podem ser atribuídos ao abandono flagrante ou descurado, a depender da intensidade da alienação sofrida e do interesse do pai de participar na criação de seu filho. O abandono flagrante é, possivelmente, o mais fácil de ser observado, que é quando o pai se afasta, conscientemente, completamente da criação de sua prole, havendo inclusive ações dolosas em desfavor de seu filho, esses casos foram os que chegaram para debate nos acórdãos paradigmas no STJ em razão da flagrância da conduta lesiva do genitor. Por fim, e talvez o que traga mais dificuldade aos magistrados, é o abandono descurado, onde o pai não possui sentimento de ódio ou animosidade com seu filho, mas também não possui interesse e cautela com a qualidade de sua criação. São nesses casos limítrofes que a ponderação de normas deve ser manejada com mais cuidado.

Soma-se a dificuldade de normatizar a conduta do pai com a miríade de possibilidades de danos advindos do abandono, e tem-se um dos mais complexos exercícios hermenêuticos dos pressupostos da responsabilidade civil. Fato é que o trabalho probatório imposto ao menor abandonando incautamente pelo pai é imenso. A ele recai o ônus de provar que a conduta negativa do pai extrapolou o que se espera do homem médio em seu dever de antever que sua conduta traria prejuízo material ou moral para a sua prole, demonstrar que essa conduta causou um dano moral ao menor que ultrapassa o aborrecimento comum do dia-dia e, por fim, provar que essa conduta teve relação direta com o dano experimentado pelo filho. Ao pai recai apenas o ônus de desconstruir a narrativa do filho, o que torna, por si só, o processo mais protetivo da esfera jurídica do pai. Portanto, os argumentos de que a aceitação do abandono incauto traria uma insegurança ao modo de que o pai deva se portar é falaciosa, uma vez que só apontaria que existem cuidados mínimos exigidos do pai na criação e desenvolvimento do seu filho, o que é absolutamente razoável. É verdade que a decisão do que seria uma conduta negativa do pai que ultrapasse o que é exigível do homem médio recai ao entender dos magistrados que se debrucem sobre a lide, mas o mesmo também acontece com a análise de outros bens jurídicos relativos ao direito de família, como a determinação do tipo de guarda a

ser concedida a pais divorciados e o como ela deve ser exercida.

Por fim, cabe fazer uma crítica ao modo que o STJ tem analisado os casos de abandono incauto, mesmo a Terceira Turma que aceita a viabilidade da tese, impôs tantas restrições que somente um caso obteve sucesso na pretensão compensatória do filho. Para a Terceira Turma, somente os casos de descuidado absoluto ensejariam conduta antijurídica ao mesmo tempo em que considera que os danos sofridos pelo filho nesses casos são presumidos. Essa conclusão exclui todos os casos de abandono descuidado da apreciação do judiciário, independentemente da extensão do dano sofrido pelo menor e, simultaneamente, condena a compensação por danos morais que podem ser inexistentes e não terem relação com a conduta antijurídica do pai. No meu entender, ao fixar essa tese, a Terceira Turma se furtou de analisar os casos mais complexos de abandono incauto, seja pelo ônus de fundamentar sobre condutas menos flagrantemente lesivas, seja para fundamentar a fixação dos extrapatrimoniais.

No que se refere ao entendimento firmado pela maioria da Quarta Turma, uma vez que existe a divergência apontada pelo Ministro Marco Buzzi que aceita a tese do abandono incauto, é possível observar vários problemas hermenêuticos referentes aos conceitos jurídicos aplicados ao caso. Fixou-se entendimento que o cuidado atribuído ao genitor se limita ao dever sustento, guarda e educação do menor, além de considerar que os deveres de convivência e de criação digna não são normas jurídicas, mas devem ser observados como ideais a serem buscados na relação familiar. Ora, esse tipo de afirmação além de afrontar diretamente norma constitucional e federal, relativiza em absoluto qualquer tipo de cuidado imposto aos genitores. Ademais o marco teórico utilizado pela Ministra relatora foi retirado de coluna de opinião de artigo jornalístico, não havendo qualquer revisão ou crítica realizada por pares dos conceitos fixados pelo colunista, que inclusive mistura os conceitos de afetividade e cuidado a fim de desmoralizar a tese analisada. Por fim, a maioria da Quarta Turma entendeu que a utilização da responsabilidade civil para compensar o filho descuidado pelo pai impediria ou dificultaria a possível e futuro reestabelecimento de vínculo afetivo entre os dois.

Esse entendimento se funda em profundo exercício de achismo, sem nenhuma comprovação concreta, além do mais, tolhe o direito de escolha do e de acesso à justiça do filho vitimado, uma vez que ele pode nunca mais ter interesse de reatar laços com o pai abandonante independentemente de receber indenização ou não. A Ministra relatora supre o poder de postular em juízo direito próprio do filho em detrimento de uma possibilidade, absolutamente mínima, de uma futura restauração de laços afetivos.

O tema do Abandono Afetivo, ou Abandono Incauto, como sugerido, está longe de ser exaurido, inclusive necessita de novas e mais extensas pesquisas sobre o assunto. Contudo, acredito que esse trabalho possibilitará a uma análise mais crítica dos fundamentos atrelados à tese do Abandono Afetivo. Possibilitando uma visão geral não só dos conceitos e direitos fundamentais manejados pelos operadores do direito, mas da própria história da família e do combate ao abandono no Brasil. Futuras pesquisas sobre a técnica hermenêutica empregada pelos tribunais brasileiros ao enfrentar o tema e sobre os limites dos princípios a ele ligados são necessárias para refinar não só o entendimento científico do princípio geral da proteção da dignidade da pessoa humana, mas também o aperfeiçoamento do manejo do tema pelos operadores do direito.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, R. R. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: B. P. WELTER, & R. H. MADALENO, Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2004.

ALBUQUERQUE, F. S. **Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002**. Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2004.

ALFAIATE, A. R. **Autonomia e Cuidado**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA. O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.13.

ALVAREZ, M.C. **A emergência do Código de Menores de 1927**. Uma análise do discurso. Disponível em [https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37021729/mestradoMarcosAlvarez.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1534802637&Signature=CbBJZ2ZQRLn%2B%2BN14zjrDqxNX6lY%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA\\_EMERGENCIA\\_DO\\_CODIGO\\_DE\\_MENORE\\_S\\_DE\\_192.pdf](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37021729/mestradoMarcosAlvarez.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1534802637&Signature=CbBJZ2ZQRLn%2B%2BN14zjrDqxNX6lY%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_EMERGENCIA_DO_CODIGO_DE_MENORE_S_DE_192.pdf). Acesso em 20 ago 2018, pp. 112 e 120.

ALVES, A. J. P. **O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental**. Revista Direito & Dialogicidade, v. 4, n. 1, 2013.

ALVES, L. B. **O reconhecimento legal do conceito moderno de família - O art. 5º, II e Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 Lei Maria da Penha**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2007.

BAHIA, C. J. A.; BRAGA, R. P. A prática argumentativa no ensino jurídico como mecanismo de efetivação de direitos fundamentais. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**: Divisão Jurídica, v. 50, n. 65, 2017.

BARBOZA, H.H. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança**. In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000, pp. 205-207.

BITENCOURT, C.R. **Código penal comentado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **O Cuidado e a Paternidade Responsável**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BOFF, L. **Justiça e Cuidado: Opostos ou Complementares?** In: T. d. PEREIRA e OLIVERIA, O Cuidado como Valor Jurídico (pp. 1-12). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 10.

\_\_\_\_\_. **Saber cuidar: ética do humano**. 10ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2004.

\_\_\_\_\_. **Saber cuidar: ética do humano.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02.** Subtítulo II Das Relações de Parentesco; Capítulo I Disposições Gerais; Art. 1593. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 10 de agosto de 2018.

BRASIL. **Código de Menores, Decreto nº 17.943-A/27.** Capítulo X Da vigilância sobre os menores; Art. 130. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 21 de agosto de 2018

BRASIL. **Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 ago 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP.** Relator: Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=09/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1328380/MS.** Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 21/10/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201102338210.REG>>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1579021/RS.** Relator: Min<sup>a</sup>. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19/10/2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201600111968&dt\\_publicacao=29/11/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017). Acesso em 10 de agosto de 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757411/MG.** Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 29/11/2005. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=09/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=09/10/2006)>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº RE 567164 ED/MG.**



Relator: Min<sup>a</sup>. Ellen Gracie. Brasília, 11/09/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ABANDONO+AFETIVO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j757uup>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 408.550-5**. Apelante: Alexandre Batista Fortes, menor púbere assist. por sua mãe. Apelado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Desembargador Unias Silva. Belo Horizonte, 01/04/2004. Disponível em:

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KnKKG52MEoEJ:www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/jurisprudencias/IELF-ACORDAO-DANOMORAL-PAIEFILHO.doc+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

CALDERON, R. L. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 ago 2018, pp. 246-247.

\_\_\_\_\_. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CAVALIERE FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CORRÊA, M. **Repensando a família patriarcal brasileira**. Cadernos de Pesquisa, São Paulo (37): 5-16, Mai. 1981.

COSTA, J. **Paternidade Socioafetiva**. Revista Jurídica, v. 13, n. 26, 2009.

DA CUNHA PEREIRA, R.; SILVA, C. M. **Nem só de pão vive o homem**. Sociedade e Estado, v. 21, n.3, 2006.

DA SILVA, V. A. **A evolução dos direitos fundamentais**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2005.

DORNELLES, J. R. **A internacionalização dos direitos humanos**. Revista da faculdade de direito de Campos, 2004, pp. 177-195.

DOS SANTOS PONTES, L. P. **Entre o dever de vigilância e o direito à privacidade da criança e adolescente**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v.1, n. 1. 2015.

DUARTE, C. L. **Feminismo e literatura no Brasil**. Estudos avançados, v. 15, n.49, 2003.

ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Clube de Autores, 2009.

ESÍNDULA, D.H.P.; SANTOS, M.F.S. **Representações sobre a adolescência a partir da ótica dos educadores sociais de adolescentes em conflito com a lei.** Psicologia em testudo, v. 9, n. 3, 2004.

FARIA, B. **Código Penal Brasileiro Comentado.** v. VI, terceira edição atualizada. Distribuidora Record Editora, 1961.

FERREIRA, L.A.M. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o professor: reflexos na sua formação e atuação.** 2004. Disponível em: <[https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/92222/ferreira\\_lam\\_me\\_prud.pdf?s=0](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/92222/ferreira_lam_me_prud.pdf?s=0)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

FILHO, C. S. **Programa de Responsabilidade Civil.** 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, RF; LIMA, TM. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD.**: Decision Analysis Methodology - DAM. Universitas Jus. 21, 1-17, 2010.

FIRMO, M.F.C. **A Criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

GONÇALVES, C.R. **Direito civil brasileiro.** 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HIRONAKA, G. M. F. N. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Repertório de Jurisprudência IOB, v. 3, n. 13, 2006.

\_\_\_\_\_. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos—além da obrigação legal de caráter material.** Repertório de Jurisprudência IOB.[SI], v. 3, n. 18, 2006.

HOBSBAWM, E. **A era da revoluções: 1789-1848.** São Paulo: Paz e Terra, 2015.

JÚNIOR, H. F. **A Idade Média: nascimento do ocidente.** 2ª. Ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

JUNIOR, O. L. R; MAMEDE, G.; DA ROCHA, M. V. **Responsabilidade civil contemporânea:** em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.l.

LÔBO, P.L.N. **Constitucionalização no direito civil.** Id/496874, 1999, pp. 104-105. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Do poder familiar.** Direito de Família e o novo Código Civil, v.3, 2003.

\_\_\_\_\_. **Princípio da solidariedade familiar.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, 2007.

\_\_\_\_\_. **Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação.** In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000.

MOREIRA, L.E.; TONELI, M.J.F. **Abandono afetivo: afeto e paternidade em instâncias jurídicas.** Psicologia: Ciência e Profissão, v. 35, n. 4, 2015.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil, Vol. I.** 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil - Vol V - Direito de família, 25ª edição.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, T. D. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança: da Teoria à Prática.** In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio (pp. 215-234). Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000.

PODEVYN, F. **Síndrome de alienação parental.** Tradução para o português: Associação de Pais e Mães Separados (Apase), 2001. Disponível em: <[www.apase.org.br](http://www.apase.org.br)>. Acesso em: 30 Ago. 2018.

RAMOS, C. L. S. **A família constitucionalizada e pluralismo jurídico.** In: R. d. PEREIRA, A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000, pp. 61-70.

REALE JÚNIOR, M. **O afeto ou a bolsa.** Jornal Estadão. São Paulo. Publicado em 2 de junho de 2012. Opinião. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,o-afeto-ou-a-bolsa-imp-,881355>>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

SCAFF, F.C. **Considerações sobre o poder familiar.** Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Vilaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010.

SIMÕES, T. F. **A família afetiva: o afeto como formador de família.** IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, v.24, 2007.

SOBRAL, M. A. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 81, 2010.

SOUZA, W. O. **Responsabilidade Civil decorrente do Abandono Afetivo.** Revista Espaço Acadêmico Vol. 15 Iss 176, 53-63, 2015.

TEPEDINO, G. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional.** Afeto, ética, família, e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TRINDADE, J.M.B. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito.** Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2004.

\_\_\_\_\_. O abandono de crianças ou a negação do óbvio. **Revista brasileira de história**, 19 (37), 1999.

TUPINAMBÁ, R. C. **O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares**. In: T. d. PEREIRA, & G. d. OLIVEIRA, **O Cuidado como Valor Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VIANA, R. G. **Evolução Histórica da Família Brasileira**. In: R. d. (Coord.), **A Família na Travessia do Milênio**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 2000.